Ist der Mäklervertrag ein einseitig oder zweiseitig verpflichtender Vertrag?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Siegfried von Samson-Himmelstjerna

Referendar in Jena.

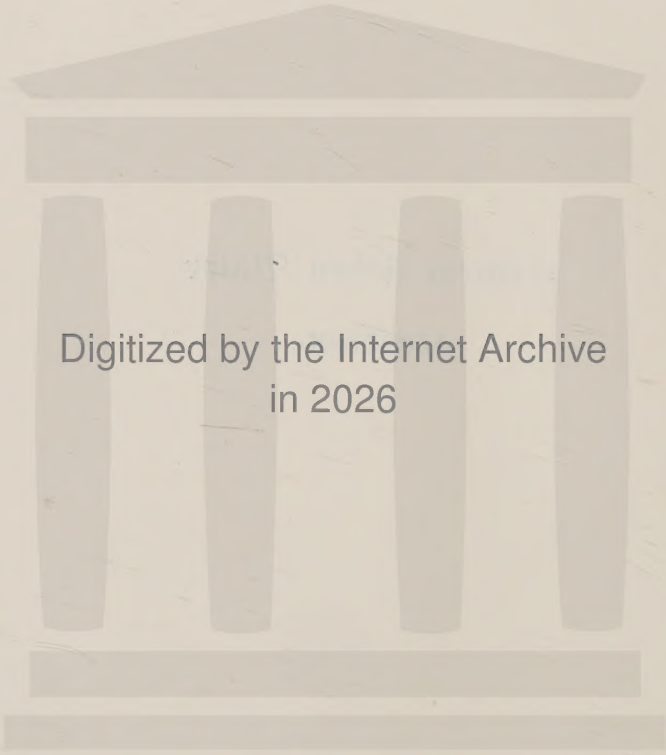
Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Seinem lieben Vater

gewidmet.


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546812_0088

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

Geschichtlicher Überblick 1

Ausführung.

Erster Abschnitt.

§ 1. Begriff des Mäklervertrages
a) nach Zivilrecht 4
b) nach Handelsrecht 8
§ 2. Der Mäklervertrag nach heutigem Recht ist ein eigener Vertrag 10

Zweiter Abschnitt.

§ 1. Das Wesen der einseitig und zweiseitig verpflichtenden Verträge 14

Dritter Abschnitt.

§ 1. Die bisherigen Anschauungen über die Natur des Mäklervertrages
a) nach römischem Recht 22
b) nach gemeinem Recht 26
c) nach den Partikularrechten 28
§ 2. Die herrschenden Theorien über den Charakter des Mäklervertrages nach geltendem Recht 31
a) Der Mäklervertrag ist ein gegenseitiger Vertrag; auch der Mäkler ist kontraktlich zum Tätigwerden, zur Treue und Sorgfalt verpflichtet 31
b) Der Mäklervertrag ist ein rein einseitig verpflichtender Vertrag 35
c) Der Mäklervertrag ist ein zweiseitig verpflichtender Vertrag, ohne daß eine Leistungspflicht des Mäklers besteht 36
§ 3. Tätigkeit und Pflichten des Mäklers 37
a) Die Frage der Leistungspflicht 37
b) Die Vertrauensstellung des Mäklers zum Auftraggeber 49
c) Die Folgen des Verschuldens des Mäklers 51
§ 4. Die rechtliche Stellung des Handelsmäklers 55

Literaturverzeichnis.

Auerbach = Auerbach, Der Mäklervertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipziger Diss. Bromberg 1902.

Burchard = Burchard, Gutachten betr. eine gesetzliche Regelung des Gewerbes der Grundstücks- und Hypothekenmakler. In den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages Bd. 2. Berlin 1897.

Bolze = Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Cosack = Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902. Bd. 2. 1. u. 2. Hälfte.

Crome, System = Crome, System des bürgerlichen Rechts. 1902. Bd. 2. 1. u. 2. Hälfte.

Crome = Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. 1897.

Corpus juris civilis = Corpus juris civilis, ed. Mommsen 1899.

Czyhlarz = Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 1905.

Cohen = Cohen, Die juristische Natur des Handelsmäklervertrags. In der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen 15. Jahrg. Nr. 9.

Dernburg, Pand. = Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1900. Bd. 2: Obligationenrecht.

Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1. u. 2 = Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2: Die Schuldverhältnisse. 1. u. 2. Abt. 1. u. 2. Aufl. 1899.

Dresdener Entw. = Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse. Dresden 1866.

Doerr = Doerr, Der Mäklervertrag im Bürgerlichen Gesetzbuche. In den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 70. 1905.

Düringer-Hachenburg = Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 1: Handelsstand. 2. Aufl. 1908.

Endemann = Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus = Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1908.

Fischer-Henle = Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 6. Aufl. München 1904.

Gaupp-Stein = Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. u. 9. Aufl. Bd. 1. 1906.

Gauß = Gauß, Der Zivilmakler. Diss. Leipzig 1903.

Goldmann = Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 1. 1901.

Hahn = Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6. 1897.

v. Hahn = v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. 1897.

Hausmann = Hausmann, Die Verpflichtung des Mäklers zur Erfüllung und seine Haftung aus dem Vertrage. Diss. Heidelberg 1906.

Heilfron, Bürgerl. R. = Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Abt. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1902.

Heilfron, Handelsrecht = Heilfron, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1907.

Heine = Heine, Der Mäklervertrag nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. 1903.

Jacusiel = Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler. Heft 2: Das Recht der Mäkler. 1900.

Krahmer = Krahmer, Gegenseitige Verträge. Halle a. S. 1904.

Kuhlenbeck, Komm. = Kuhlenbeck, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl. 1903.

Kuhlenbeck = Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts. „Der Mäklervertrag." In der Juristischen Wochenschrift 1907 S. 94.

Kuhn = Kuhn, Zur Lehre vom Mäklergeschäft. Im Archiv für praktische Rechtswissenschaft neue Folge Bd. 6. 1869.

Laband = Laband, Die Lehre von den Mäklern, mit besonderer Berücksichtigung des Entwurfes zum deutschen Handelsgesetzbuch. In der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft Bd. 20. 1861.

Lehmann = Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.

Lehmann-Ring = Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1902.

Leyser = Leyser, Ein Vergleich zwischen Mäklervertrag und Werkvertrag. Diss. Erlangen 1903.

Lotmar = Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Bd. 1. 1902.

Matthiaß = Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1900.

Mat. = Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich von Mugdan.

Meisner = Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum 2. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.

OLGR. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Oertmann = Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Planck = Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. Berlin 1907.

Pöschmann = Pöschmann, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Bd. 2: Recht der Forderungen. Leipzig 1865.

Pollaczek = Pollaczek, Die rechtliche Natur des Mäklervertrags nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dem neuen Handelsgesetzbuche. Diss. Leipzig 1905.

Prot. = Protokolle für die Kommission für die 2. Lesung, ausgearbeitet von Achilles, Gebhardt und Spahn.

Reuling = Reuling, Die Provisionsansprüche des Grundstücksvermittlers. In Gruchots Beiträgen Bd. 40. 1896.

Riesenfeld = Riesenfeld, Der Zivilmäkler. In Gruchots Beiträgen Bd. 36 u. 37. 1892/93.

Riezler = Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Rocholl = Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts. Bd. 2: Der Mäklervertrag.

Rospatt = Rospatt, Zwei Streitfragen des Mäklervertrags. In Gruchots Beiträgen Bd. 45.

Schollmeyer = Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1900.

Seufferts Arch. = J. A. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Sohm = Sohm, Institutionen. 7. Aufl. 1898.

Staub = Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 8. Aufl. 1906.

v. Staudinger = v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 1. u. 2. Teil. 3. u. 4. Aufl. 1908.

Tophoff = Tophoff, Wie ist die Tätigkeit der nicht amtlich bestellten Handelsmäkler und der Zivilmäkler nach preußischem Recht aufzufassen? In Gruchots Beiträgen Bd. 17.

Warneyer = Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Windscheid-Kipp = Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1901.

Woltersdorf = Woltersdorf, Die rechtliche Natur des Mäklervertrags.

Neubauer = Neubauer, Der nichtkaufmännische Mäklervertrag in der Praxis, insbesondere nach preußischem allgemeinem Landrecht. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 6. 1892.

Ring = Ring, Der Entwurf eines Gesetzes betr. die Pflichten des Handelsmäklers. Im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen Handels- und Wechselrechts Bd. 47 S. 122 ff.

Siber = Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.

Einleitung.

Die gegenwärtige Form des Mäklerwesens ist hauptsächlich darauf zurückzuführen, daß das deutsche Recht besondere Satzungen für den Handelsverkehr und für den bürgerlichen Verkehr geschaffen hat und sich infolgedessen eine Scheidung aller Mäkler in Zivil- und Handelsmäkler vollzogen hat. Ausgangspunkt der ganzen Entwicklung und zugleich Merkmal des Mäklerinstituts in der neueren Zeit ist die öffentliche Stellung des Mäklers. Das germanische Rechtsleben enthielt keine Bestimmungen über die Geschäftsvermittlung, und mit der Rezeption des römischen Rechts wurden die römischen Grundsätze hierüber unverändert aufgenommen.

Wie sich nun in der Folge die Umwandlung vom privaten Mäkler zum öffentlichen Mäkler (sensale) vollzog, steht noch nicht genügend fest. Die Ausschaltung der unsauberen und zweifelhaften Personen aus dem Mäklerstand, ferner der Zustand des damaligen Beweisverfahrens, der zur Folge hatte, daß die Verträge vor Gericht oder vor einer mit fides publica ausgestatteten Urkundsperson abgeschlossen zu werden pflegten, auch das Zunftwesen des Mittelalters mögen die maßgebenden Faktoren für die Ausbildung des Mäklers zum öffentlichen Beamten gewesen sein. Jedoch ist die amtliche Stellung des Mäklers nicht ein Produkt des gemeinen Rechts, sondern sie hat sich auf dem Gebiete der Partikularrechte und der Stadtrechte ausgebildet.[1])

[1]) vgl. Laband a. a. O. S. 14 ff.; Riesenfeld Bd. 36 S. 795 ff.

Die Partikularrechte teilten die Mäkler in öffentliche und private ein. Zu den öffentlichen Mäklern zählten nur die Personen, die besondere Vorbedingungen in bezug auf kaufmännisches Wissen und Vertrauenswürdigkeit erfüllten und die zur Ausführung des kaufmännischen Mäklergewerbes zugelassen, amtlich bestellt und vereidigt waren. Diesen öffentlichen Mäklern wurde ein Privileg auf die alleinige erwerbsmäßige Vermittlung kaufmännischer Geschäfte eingeräumt und jeder Eingriff in ihr Zunftrecht verboten.

Auf diesem Standpunkt verharrte das Mäklerinstitut bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts. Mit dem Fortschreiten der Idee der Gewerbefreiheit machte sich jedoch eine starke Opposition gegen das Monopol der Handelsmäkler geltend, deren Ziel die Beseitigung dieses Privilegs war. Das Resultat dieser Bestrebungen war, daß das deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 das Monopol der Handelsmäkler beseitigte. Es blieb zwar das amtliche Mäklerinstitut bestehen, aber daneben ließ das Gesetz noch andere Vermittler für Handelsgeschäfte zu. Das Gewerbe des Mäkelns im Handel auszuüben stand nun jedermann frei. Betrieb er die Vermittlung von Handelsgeschäften für andere gewerbsmäßig, so war er nach Art. 272 Ziff. 4 a. HGB. Kaufmann im Sinne des Gesetzes. Danach gab es

1. die amtlich bestellten Mäkler für Handelsgeschäfte (sensalen),
2. die nicht amtlich bestellten Mäkler:
   a) für Handelsgeschäfte,
   b) für Nichthandelsgeschäfte (Zivilmäkler).

Freilich war durch die salvatorische Klausel des Art. 184 a. a. O. der Landesgesetzgebung auch weiterhin die Möglichkeit gegeben, das Monopol der Handelsmäkler

aufrechtzuerhalten; von dieser Befugnis ist jedoch nur in sehr beschränktem Maße Gebrauch gemacht worden. Auch hat die Reichsgewerbeordnung v. 21. 6. 1869 durch die Bestimmung des § 1 der salvatorischen Klausel des Art. 184 derogiert. Das Reichsrecht hat das rechtliche Gewand des Mäklers abermals geändert, ich möchte sagen vereinfacht. Wir unterscheiden heute nur noch zwei Kategorien von Mäklern, den Handelsmäkler schlechthin und den Zivilmäkler. Es gibt zwar auch heute noch eine amtliche Bestellung von Handelsmäklern, jedoch nicht für die Vermittlung von Handelsgeschäften, sondern für andere Tätigkeiten. So der Kursmäkler, der nur in Ansehung der Kursfeststellung eine öffentliche Funktion zu versehen hat, während er bezüglich der Vermittlertätigkeit keine andere Stellung als der Handelsmäkler einnimmt (Reichsbörsengesetz v. 22. 6. 1896, geändert durch Gesetz v. 8. 5. 1908 und neu gefaßt durch die Bekanntmachung v. 27. 5. 1908). Ferner müssen gewisse Käufe und Verkäufe von Sachen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, durch öffentlich ermächtigte Handelsmäkler erfolgen. Jedoch fällt eine nähere Betrachtung dieser öffentlichen Funktionen des Handelsmäklers nicht in den Rahmen der gegenwärtigen Arbeit, desgleichen interessieren uns nicht die öffentlichrechtlichen Bestimmungen der Gewerbeordnung.

Erster Abschnitt.

§ 1.

Das bürgerliche Recht hat dem Mäklervertrag einen besonderen Titel gewidmet (2. Buch 7. Abschn. 8. Titel). Der § 652 enthält die Begriffsbestimmung des Mäklervertrags; er lautet:

> „Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittlung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande kommt".

Daraus läßt sich folgende Definition ableiten. Der Mäklervertrag ist ein Vertrag, wonach für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages ein Lohn versprochen wird unter der Rechtsbedingung, daß der Vertrag infolge der erwähnten Tätigkeit zustande kommt.

Zum Inhalt des Vertrages gehört also eine Tätigkeit des Mäklers, die bestehen kann

1. in dem Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages,

2. in der Vermittlung eines Vertrages. Im Verhältnis zur Vermittlung erscheint der bloße Nachweis nur als Minus, wie Oertmann richtig bemerkt,[1]) er

[1]) Oertmann a. a. O. S. 674.

ist darauf gerichtet, dem Auftraggeber — als solchen werden wir in Zukunft kurz denjenigen bezeichnen, der den Lohn verspricht — entweder einen passenden Vertragsgegner oder ein geeignetes Objekt für den Abschluß eines Vertrages mitzuteilen. Es liegen hier nicht zwei verschiedene Arten der Mäklertätigkeit vor, der Nachweis ist nur eine besondere Art der Vermittlung und besonders hervorgehoben, weil er genügt zur Qualifizierung des Mäklers.[1])

Über den Umfang der Nachweistätigkeit hinaus geht der Begriff der Vermittlung. Wie weit die Vermittlungstätigkeit zu gehen hat, in welcher Gestalt sie sich zu äußern hat, läßt sich in einer allgemeinen Definition nicht bestimmen. Die Vermittlertätigkeit ist kein fest umgrenzter Begriff, sondern beruht auf der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse. Sie ist von vornherein unbestimmt und unbestimmbar, die Ausdehnung hängt, wie Riesenfeld treffend bemerkt,[2]) vom Zufall, von der Wichtigkeit und Größe des zu vermittelnden Geschäfts, von den Fähigkeiten und persönlichen Beziehungen des Mäklers sowie von sonstigen äußerlichen Momenten ab. Für die Beurteilung der Frage, ob der Mäkler einen Vertrag vermittelt oder die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages nachgewiesen hat, sind die Umstände des einzelnen Falles maßgebend.[3]) Erblickt man allerdings in dem Wort Vermittlung nicht lediglich eine Tätigkeit, sondern sieht man darin zugleich den Erfolg der Tätigkeit, so genügt auch als Definition des Mäklervertrages, wenn man von der Nachweistätigkeit als einer Unterart

---

[1]) Jacusiel a. a. O. S. 3; Rocholl a. a. O. S. 82/83.
[2]) Riesenfeld a. a. O. Bd. 37 S. 267.
[3]) Planck a. a. O. S. 633 Anm. 3 b.

der Vermittlertätigkeit absieht: „Der Mäklervertrag ist ein Vertrag, Inhalts dessen für die Vermittlung eines Vertrages ein Lohn versprochen wird".[1] Als weiteres essentiale gehört zum Mäklervertrag die Entgeltlichkeit, der Auftraggeber verspricht für die Vermittlung eines Vertrages dem Mäkler einen Lohn. Ohne Versprechen eines Lohnes ist ein Mäklervertrag nicht vorhanden. Dies wird im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben; nach § 653 gilt, auch wenn ein Mäklerlohn nicht versprochen ist, ein solcher als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Der Mäklervertrag hat, wie Riesenfeld bemerkt,[2] die Präsumtion der Entgeltlichkeit für sich. In den beiden erwähnten Tatbestandsmerkmalen aber erschöpft sich noch nicht das Wesen des Mäklervertrages. Nach § 652 BGB. ist der Auftraggeber nur dann zur Zahlung des Mäklerlohns verpflichtet, wenn der Vertrag infolge der Tätigkeit des Mäklers zustande gekommen ist. Die Verpflichtung des Auftraggebers zur Zahlung des Mäklerlohns ist nur eine bedingte. Sie ist lediglich an den Erfolg der Tätigkeit des Mäklers geknüpft. Darin liegt eine auffallende Ähnlichkeit des Mäklervertrages mit dem Werkvertrag, da beide Kontrahenten (der Mäkler wie der Unternehmer) die Erreichung eines bestimmten Erfolges im Auge haben und bei denen die Vergütung erst nach der Vorleistung des andern Teils eintritt. Es liegt aber auch nur eine Ähnlichkeit vor, der Erfolg ist nicht wie bei dem Werkvertrag vom Willen des die Arbeit Leistenden abhängig, vielmehr beruht er auf der Willkür des Auftraggebers.[3]

[1] Staub a. a. O. S. 382 Anm. 2; Leyser a. a. O. S. 17.
[2] Riesenfeld a. a. O. Bd. 37 S. 288.
[3] Riesenfeld a. a. O. Bd. 37 S. 571.

Den Erfolg, der durch die Tätigkeit des Mäklers herbeigeführt werden soll, bildet der Abschluß des zu vermittelnden Vertrages. Das ist ein rechtlicher Vorgang, der nicht mehr in den Rahmen der Tätigkeit des Mäklers, die vorwiegend tatsächlicher Natur ist, fällt; den Abschluß des zu vermittelnden Vertrages kann nur der Auftraggeber herbeiführen. Während beim Werkvertrag der Erfolg lediglich auf dem Wollen und Handeln des Unternehmers beruht, treten beim Mäklervertrag noch andere Faktoren hinzu, die von der Tätigkeit des Mäklers unabhängig sind. Der Auftraggeber ist auch niemals dem Mäkler gegenüber gebunden, den zu vermittelnden Vertrag abzuschließen, er kann trotz aller Bemühungen des Mäklers vom Abschluß absehen.[1]) Ferner hat, solange der Abschluß des zu vermittelnden Vertrages nicht erfolgt ist, der Mäkler keinen Anspruch auf Lohn. Dieser Anspruch ist abhängig von der im § 652 BGB. enthaltenen Rechtsbedingung, daß der Vertrag auch wirklich zustande gekommen ist. Wann dies der Fall ist, darüber herrscht viel Streit, mit dieser Frage haben sich die meisten Mäklerprozesse zu befassen. Es sei hier nur kurz erwähnt, daß folgende Voraussetzungen vorliegen müssen. Der Mäkler muß in irgend einer Weise auf Grund des mit dem Auftraggeber abgeschlossenen Vertrages eine Tätigkeit entfaltet haben, wobei es auf das Maß und den Umfang der Tätigkeit nicht ankommt. Rein passives Verhalten des Mäklers genügt niemals, um einen Anspruch auf Lohn zu begründen. Der zu vermittelnde Vertrag muß ferner rechtsgültig zustande gekommen sein. Endlich muß das Zustandekommen des Vertrages auf der Tätigkeit des Mäklers beruhen, d. h. zwischen Konsens und Mäkler-

[1]) vgl. Mot. S. 511; Staub a. a. O. S. 387.

tätigkeit muß ein Kausalzusammenhang bestehen, und der Prinzipal muß bewußterweise auf Grund der Vermittlertätigkeit abgeschlossen haben.[1]) Unter den Begriff der Zivilmäkler fallen die Grundstücks- und Hypothekenmäkler, die Versicherungsagenten, die Kategorie der Stellenvermittler, die Darlehns- und sonstigen Geschäftsvermittler.

Das Handelsgesetzbuch spricht im 8. Abschnitt des ersten Buches vom Handelsmäkler. Nach § 93 l. c. vermittelt der Handelsmäkler gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs. In dieser Definition sind die wesentlichen Voraussetzungen für den Begriff des Handelsmäklers enthalten. Der Handelsmäkler vermittelt nur, der bloße Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages genügt nicht, letztere Tätigkeit macht lediglich zum Zivilmäkler. Die Tätigkeit des Handelsmäklers beschränkt sich auf die Vermittlung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs. Das Gesetz hebt als solche besonders hervor: Verträge über Anschaffung und Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete. Auf die Vermittlung aller anderen Geschäfte, deren Inhalt sich nicht auf einen Gegenstand des Handelsverkehrs bezieht, finden die Bestimmungen über den Handelsmäkler keine Anwendung. Als Sachen, die nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind, führt das Gesetz in § 93 Abs. 2 HGB. namentlich an die Geschäfte über unbewegliche Sachen. Zu diesen gehören

[1]) vgl. Staub a. a. O. S. 389 und die daselbst zitierten Entscheidungen.

insbesondere die Verträge, die gerichtet sind auf Veräußerung von Grundstücken, die Beleihung von Grundstücken und Beschaffung von Hypotheken.[1]) Endlich muß nach dem Handelsgesetzbuch die Übernahme von Mäkleraufträgen eine gewerbsmäßige sein, während die Gewerbsmäßigkeit nicht zum Begriff des Zivilmäklers gehört.

In den drei erwähnten Punkten liegt der begriffliche Unterschied des Handelsmäklers vom Zivilmäkler, ein weiterer begrifflicher Unterschied besteht nicht.[2]) Nicht etwa bildet der Umstand, daß der Handelsmäkler im Zweifel von beiden Parteien Provision zu fordern hat und beiden Parteien kontraktlich haftet, ein besonderes Unterscheidungsmerkmal. Die unparteiische Stellung, die der Mäkler beiden Parteien gegenüber einnimmt, indem er zu beiden Kontrahenten in ein kontraktliches Verhältnis tritt, beiden für jedes Verschulden bei Ausführung seiner Tätigkeit haftet und beiden Parteien das abgeschlossene Geschäft beurkundet, kann durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. Diese Bestimmungen sind dispositiver Natur, sie bilden kein essentiale, sondern nur ein naturale des Handelsmäklers.[3]) Auch Düringer-Hachenburg gibt zu, daß möglicherweise der Handelsmäkler als Vertrauensmann nur einer Partei tätig werden kann, so daß die vertragliche Beziehung zur anderen Partei fortfällt.[4]) Auch bildet die Kaufmannseigenschaft des Handelsmäklers kein ihm besonderes eigentümliches Merkmal. Der Handelsmäkler ist Kaufmann (§ 1 Ziff. 7 HGB.). Aber auch der Zivilmäkler kann

[1]) vgl. Staub a. a. O. S. 382 Anm. 1; Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 533/34 Anm. 4.

[2]) vgl. Staub a. a. O. S. 383 Anm. 3; a. A. Goldmann S. 436.

[3]) vgl. Staub a. a. O. S. 383 Anm. 3, S. 399 Anm. 6.

[4]) vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 547 Anm. 1.

Kaufmann sein, wenn sein Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und seine Firma in das Handelsregister eingetragen ist (§ 2 HGB.). Trotz seiner Kaufmannseigenschaft wird dadurch der Zivilmäkler kein Handelsmäkler. Befaßt er sich vielmehr mit der Vermittlung von Verträgen, die sich nicht auf Gegenstände des Handelsverkehrs beziehen, so ist er Zivilmäkler, auch wenn er Kaufmann ist. Umgekehrt greifen, wenn ein Handelsmäkler Verträge über Gegenstände des Nichthandelsverkehrs vermittelt, die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts Platz.[1])

Aus der Begriffsentwicklung des Handelsmäklers ergibt sich, daß die Unterscheidungsmerkmale vom Zivilmäkler äußerlicher Natur sind.[2]) Der Handelsmäkler ist nur eine Unterart des Zivilmäklers, und soweit nicht die Bestimmungen des HGB. §§ 93—104 einschlagen, finden auf ihn die §§ 652 ff. BGB. Anwendung.[3]) Wir brauchen daher nicht zwischen dem Mäklervertrag nach bürgerlichem Recht und nach Handelsrecht besonders zu unterscheiden, der Mäklervertrag des bürgerlichen Rechts bildet auch die Grundlage für den Mäklervertrag nach Handelsrecht.

§ 2.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt über den Mäklervertrag nur wenige Bestimmungen. Abgesehen von der Begriffsbestimmung finden sich besondere Vorschriften für die Vermittlung von Dienstverträgen und Ehen (§§ 655, 656 BGB.), sie allein sind zwingender Natur. Die ge-

[1]) vgl. Staub a. a. O. S. 384 Anm. 8.
[2]) vgl. Staub a. a. O. S. 383 Anm. 3.
[3]) vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 526.

setzlich dispositiven Vorschriften behandeln die Provisionszahlung bei Aufschieben der Bedingung (§ 652 Satz 2), den Ersatz von Aufwendungen (§ 652 Abs. 2), die Höhe der Provision mangels Vereinbarung (§ 653 Abs. 2), die Verwirkung des Mäklerlohns infolge vertragswidriger Tätigkeit des Mäklers auch für den anderen Teil (§ 654).

Der Streit um die rechtliche Natur des Mäklervertrages, insbesondere über die Verpflichtung des Mäklers zur Leistung, und seine Haftung aus dem Vertrage ist durch das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht beseitigt worden.

Die wenigen Bestimmungen jedoch, die dem Mäklervertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch gewidmet sind, genügen, um ihn als einen besonderen Vertrag (contractus sui generis) zu kennzeichnen. Er ist, wie Riesenfeld treffend bemerkt, „nach seinen eigenen, von innen heraus, aus seinem Wesen und seiner rechtlichen Natur, wie sie das Leben und der Verkehr geschaffen hat, zu entwickelnden Grundsätzen zu beurteilen".[1])

Die Eigentümlichkeiten, die dem Mäklervertrag innewohnen, und die ihn prinzipiell von anderen ihm ähnlichen Vertragsarten unterscheiden, kennzeichnet in treffender Weise Rocholl, wenn er sagt: „Der wichtigste Inhalt jedes obligatorischen Rechtsverhältnisses ist das Recht auf Erfüllung für den einen und die Pflicht zur Erfüllung für den anderen Kontrahenten. Dieses Recht und diese Pflicht nehmen beim Mäklervertrag eine durchaus eigenartige Gestalt an, indem dem Kommittenten zwar ein Recht auf redliche und gewissenhafte Vermittlungstätigkeit des Mäklers, jedoch keine Klage zum Schutze dieses Rechts, vielmehr nur eine Einrede gegen die Lohnforderung des

[1]) vgl. Riesenfeld a. a. O. Bd. 37 S. 55.

Mäklers aus unredlicher Dienstleistung, und dem Mäkler zwar ein Recht auf Belohnung für redliche Dienste, aber eine Klage zum Schutze dieses Rechts nur dann zusteht, wenn der Kommittent das vermittelte Geschäft abgeschlossen hat".[1])

Diese Ausführungen, die allerdings mit Beziehung auf das gemeine Recht und preuß. allgem. Landrecht gemacht worden sind, treffen auch nach geltendem Reichsrecht in tatsächlicher Hinsicht noch zu. Die Stellung des Mäklervertrags im Rechtssystem als eines selbständigen eigenartigen Vertrages wird heute auch vorwiegend von der Literatur anerkannt.[2]) Der Mäklervertrag ist kein gemischter Vertrag, der eine Vermengung mit den ihm verwandten Verträgen in seiner gesetzlichen Gestaltung nicht verträgt. Der Mäklervertrag ist kein Auftrag im Sinne von § 662 BGB., da dieser notwendig unentgeltlich, jener entgeltlich ist. Vom Dienstvertrag unterscheidet sich der Mäklervertrag dadurch, daß der Mäkler seinerseits keine Verpflichtung sich zu bemühen übernimmt, auch nicht für die einzelnen Dienstleistungen, sondern lediglich für deren erfolgreiches Resultat belohnt wird. Auf die Unterscheidungsmerkmale vom Werkvertrag habe ich bereits früher hingewiesen, der Auftraggeber gibt beim Mäklervertrag nicht das Versprechen, für den Erfolg der Bemühungen des Mäklers einzustehen. Er ist eben kein Dienstleistungsvertrag, sondern ein Dienstvergütungsvertrag. Hierbei bin ich jedoch nur von der gesetzlichen

[1]) Rocholl a. a. O. S. 88.

[2]) vgl. Planck a. a. O. S. 629; Oertmann a. a. O. S. 670; Staudinger a. a. O. S. 997; Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 526, der ihn bisher als Spezialart des Dienst- oder Werkvertrages behandelte.

Gestaltung des Mäklervertrages ausgegangen. Es gibt Mäklerverträge, die durch besondere Parteivereinbarungen zugleich den Charakter eines Dienst- oder Werkvertrages annehmen können, ohne aufzuhören, ein Mäklervertrag zu sein.[1])

[1]) Planck S. 629; Staub S. 382; Enneccerus S. 961; Woltersdorf S. 7; a. A. Lotmar S. 282.

Zweiter Abschnitt.

§ 1.

In diesem Abschnitt soll zunächst der Begriff des einseitig und zweiseitig verpflichtenden Vertrages klargelegt werden.

Aus dem Charakter der obligatorischen Verträge ergibt sich, daß durchaus nicht immer sowohl der eine wie der andere Kontrahent verpflichtet zu werden braucht, es gibt Verträge, Inhalts dessen nur der eine berechtigt und der andere nur verpflichtet wird, während aus anderen Verträgen die eine Partei jedenfalls berechtigt wird, die andere nur unter gewissen Voraussetzungen. Mit anderen Worten: häufig, nicht immer ist der Schuldner zugleich auch Gläubiger.

Aus diesem Gesichtspunkt lassen sich die Verträge allgemein einteilen

1. in einseitig obligatorische Verträge (contractus uni-laterales),
2. in zweiseitig obligatorische Verträge (contractus bilaterales).

Aus den einseitig obligatorischen Verträgen wird stets nur der eine Kontrahent verpflichtet, es existiert nur ein Gläubiger und nur ein Schuldner. Das ist die einfachste Gestalt der Obligation.[1]) Im römischen Recht, dem die Einteilung in ein- und zweiseitige Verträge

[1]) vgl. Dernburg Bd. 2, 1 a. a. O. S. 200.

bereits bekannt war, zählten hierzu, abgesehen von den Obligationen aus Delikten und Quasidelikten, unter den Kontrakten die negotia stricti juris mit präzis bestimmter Verbindlichkeit: so in alter Zeit das nexum.[1]) Nach geltendem Recht gehört zu den einseitigen Verträgen das unverzinsliche Darlehn,[2]) der Wechsel, die Schenkung, das Schuldverhältnis, welches aus der Bürgschaft entsteht, Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Die zweiseitig obligatorischen Verträge begründen gegenseitige Verpflichtung der Parteien. Doch teilt man diese Verträge wiederum ein:

1. in vollkommen zweiseitige sogen. gegenseitige Verträge (contractus bilaterales aequales) und
2. in unvollkommen zweiseitige Verträge (contractus bilaterales inaequales).[3]) Die Einteilung beruht darauf, daß nicht alle Verträge von vornherein Verpflichtungen beider Parteien begründen, und daß ferner die Verpflichtungen der andern Partei häufig nur sekundärer Art sind.

Dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist allerdings diese Einteilung fremd. Von dessen Standpunkt aus müssen wir auf Grund der Bestimmungen der §§ 320 ff. zwischen gegenseitigen Verträgen und allen anderen Verträgen unterscheiden. Gleichwohl ist die Unterscheidung zwischen vollkommen zweiseitigen und unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Verträgen in der Wissenschaft allgemein anerkannt.

---

[1]) vgl. Czyhlarz a. a. O. § 78; Sohm a. a. O. S. 362.

[2]) vgl. Endemann a. a. O. S. 699; a. A. z. T. Cosack a. a. O. S. 511, der das Darlehn als zweiseitiges Schuldverhältnis, das verzinsliche Darlehn als echten gegenseitigen Vertrag bezeichnet.

[3]) vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 2, 1 S. 200; Cosack Bd. 1 § 86.

Das Bürgerliche Gesetzbuch wendet den Ausdruck gegenseitiger Vertrag an, ohne jedoch eine bestimmte Definition zu geben, was es darunter versteht. Das Wesen der gegenseitigen Verträge läßt sich aber ohne Schwierigkeit schon aus den §§ 320ff. erkennen. Wenn § 320 sagt: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern usw.", so entnehmen wir daraus, daß Verträge in Betracht kommen, Inhalts deren es sich um Leistungspflichten beider Teile handelt, und daß diese Leistungspflichten in einem bestimmten Abhängigkeitsverhältnis stehen. Jede Partei verspricht der andern eine Leistung für eine Gegenleistung. Es findet also ein Austausch von wechselseitigen gleichwertigen Leistungen statt. Daher werden diese Verträge auch synallagmatische „Austauschverträge" genannt.[1]) Ziel und Zweck der einen Leistung ist der Empfang der Gegenleistung. Dabei stehen diese Leistungen in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis[2]) oder, wie Endemann sagt: „Die Verpflichtungen stehen in einem wechselseitig gebundenen Austauschverhältnis zueinander, jede einzelne gilt als Entgelt für die Gegenverpflichtung".[3]) Die eine Verpflichtung bildet also das Äquivalent der anderen.

Diese Gebundenheit der gegenseitigen Verpflichtung äußert sich in voller Reinheit bei der Entstehung des Schuldverhältnisses, sogen. genetische Wirkung. Liegt nur auf der einen Seite des Schuldverhältnisses Unmöglichkeit vor oder bildet die eine Leistung den Tatbestand einer unerlaubten Handlung, so ist der ganze Vertrag

[1]) vgl. Staudinger a. a. O. Bd. 2, 1 S. 180.
[2]) Crome, System Bd. 2, 1 § 168.
[3]) vgl. Endemann Bd. 2 § 125.

nichtig. Er gelangt gar nicht zur Entstehung, da beide Verpflichtungen gültig entstanden sein müssen.[1]) Die wechselseitige Abhängigkeit tritt aber auch während der Dauer des Vertragsverhältnisses in die Erscheinung. Die §§ 323—325 BGB. behandeln die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung bei den gegenseitigen Verträgen. In § 325 BGB. wird die durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit behandelt oder, wie das Gesetz sagt, Unmöglichkeit „infolge eines Umstandes, den weder der eine Teil noch der andere zu vertreten hat". Tritt eine zufällige Unmöglichkeit der Leistungen ein, so entfällt die Leistungspflicht des Gegners. Mit andern Worten, derjenige, dem die Leistung unmöglich geworden, hat den Nachteil. Man sagt daher, der Schuldner trägt die Gefahr, indem er den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Anders im römischen Recht, wo der Satz galt: periculum est emptoris. Beim einseitigen Vertrag trägt die Gefahr der Gläubiger (§ 275 BGB.). Entsprechendes gilt bei teilweiser Unmöglichkeit.

Wird dagegen die Leistung unmöglich infolge eines Umstandes, den der Gläubiger zu vertreten hat, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 324 Abs. 1 BGB.), er wird jedoch seinerseits befreit.[2])

Wird endlich die Leistung des einen Teils durch einen Umstand unmöglich, den er selbst zu vertreten hat, so verliert er seinerseits natürlich das Recht, die Gegenleistung zu beanspruchen. Dagegen stehen dem andern Teil folgende Rechte zu: da sich für ihn der Umstand, der die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, als Zufall darstellt, muß er einmal mindestens die Rechte haben, welche ihm zustehen,

---

[1]) vgl. Crome, System Bd. 2 § 168.
[2]) vgl. Endemann § 125 Anm. 32.

wenn die Leistung für beide Teile durch Zufall unmöglich wurde; dies sind die Rechte des § 323 (vgl. § 323 Abs. 1 Satz 3). Ferner hat er das Recht des Rücktritts vom Vertrag und das Recht des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung (§ 325 Abs. 1 Satz 1). Endlich tritt in der Erfüllung der beiderseitigen Verpflichtungen das enge Band, welches Leistung und Gegenleistung umschlingt, in die Erscheinung. Leistung vom Gegner kann nur der verlangen, wer zur eigenen Leistung bereit ist. Prinzip der Bewirkung der Leistung Zug um Zug! Dabei ist jedoch zu bemerken, daß das Bürgerliche Gesetzbuch unter Wahrung der grundsätzlichen Selbständigkeit der Leistungen sich nicht auf den Standpunkt des preuß. allgem. Landrechts gestellt hat. Letzteres verlangte, daß Kläger von vornherein nur auf Leistung Zug um Zug klagen durfte, es sei denn, daß er seinerseits erfüllt oder Beklagter vorzuleisten hatte. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch dagegen kann der Kläger ohne Rücksicht auf die Gegenleistung seine Rechte aus einem gegenseitigen Vertrage geltend machen. Aber der Beklagte kann durch das Vorbringen der exceptio non adimpleti contractus die Verurteilung Zug um Zug herbeiführen. Hierin also zeigt sich die Abhängigkeit der beiderseitigen Leistungen in der Erfüllung, sogen. funktionelle Wirkung.[1]) Den typischen Kreis der gegenseitigen Verträge bildeten von jeher die täglichen Geschäfte des Lebens, Kauf-, Tausch-, Miet-, Dienstverträge, Werkverdingung.

Jedoch können nach geltendem Recht auch andere Verträge, die im Regelfall keine gegenseitigen Verträge sind, zu solchen werden. Voraussetzung dafür ist jedoch, daß dann die Leistung der Parteien im Äquivalenzver-

---

[1]) vgl. Staudinger Bd. 2,1 S. 181; Oertmann a. a. O. S. 149.

hältnis zueinander stehen; „auf den Geschäftstypus legt", wie Oertmann richtig bemerkt, „das moderne Recht eben weniger Wert als auf die besondere Eigenart des Einzelgeschäfts".[1]) So wird der Aufbewahrungsvertrag, wenn eine Vergütung im voraus vereinbart wird bezw. den Umständen nach als vereinbart gilt (§ 689 BGB.), zum wahren gegenseitigen Vertrag, vorausgesetzt, daß die Vergütung die Gegenleistung der Verwahrung geben soll und nicht etwa lediglich als Entschädigung für gemachte Aufwendungen gedacht ist.[2])

Nun gibt es neben den gegenseitigen Verträgen noch zweiseitige Verträge, die zwar Verpflichtungen beider Parteien kennen, doch erscheinen hier die beiderseitigen Verpflichtungen der Parteien nicht als Hauptverpflichtungen, sie sind keine gleichwertigen, da das Erfordernis, daß die Leistung jeder Partei als Entgelt der Leistung der anderen Partei versprochen wird, fehlt. Diese Arten von Verträgen fallen unter die Kategorie der unvollkommen zweiseitigen Verträge. Im römischen Recht kam der Unterschied der synallagmatischen Verträge von den übrigen zweiseitigen Verträgen in besonders feiner Weise zum Ausdruck, indem bei den ersteren für Leistung und Gegenleistung je eine actio mit besonderem Namen gegeben war, z. B. actio emti-venditi, actio locati-conducti. Dagegen existierte bei den unvollkommen zweiseitigen Verträgen nur eine Vertragsklage (actio directa), die Klage auf die Gegenleistung hatte keinen besonderen Namen, sie wurde nur als actio contraria bezeichnet. Beispiele dieser Art

[1]) Oertmann a. a. O. S. 149.

[2]) Oertmann a. a. O. S. 149; Staudinger Bd. 2,2 S. 1082; Planck a. a. O. S. 699; a. A. Endemann a. a. O. S. 1160, der die Verwahrung mit vereinbarter Vergütung als einseitigen Vertrag bezeichnet, da letztere keine Gegenleistung darstelle.

von Verträgen sind die Verwahrung, der Auftrag, die Leihe, das verzinsliche Darlehn (von Cosack bestritten). Eine kurze Betrachtung dieser Verträge läßt am ehesten ihre Eigentümlichkeit erkennen.

Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene Sache aufzubewahren (§ 688 BGB.). Die Übernahme der Verwahrungspflicht und die damit zusammenhängende Verpflichtung der Rückgabe der Sache seitens des Verwahrers bildet den begrifflich notwendigen Tatbestand dieses Realkontrakts. Eine Verpflichtung der andern Partei ist nicht essentiell. Die Möglichkeit einer Verpflichtung des anderen Kontrahenten ist allerdings gegeben, der Hinterleger ist zum Ersatz der Aufwendungen verpflichtet (§ 693 BGB.), er hat den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 694 BGB.), jedoch sind diese Verpflichtungen nur sekundärer Art, sie sind nur eventuelle. Ein wechselseitiger Austausch von Leistungen findet überhaupt nicht statt, soweit der unentgeltliche Verwahrungsvertrag in Betracht kommt.[1]) Aus gleichen Gesichtspunkten charakterisiert sich auch der Auftrag als contractus bilateralis inaequalis. Das ist der Vertrag, in welchem sich die eine Partei verpflichtet, ein ihr von einem anderen übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen. Allein berechtigt wird in erster Linie nur der Auftraggeber. Der Beauftragte kann nach §§ 669, 670 BGB. ebenfalls berechtigt werden, braucht es aber nicht. Die Verpflichtung des Auftraggebers kann nur akzidentell hinzutreten.[2]) Endlich ist der Leihvertrag hier noch aufzu-

[1]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 737; Staudinger Bd. 2,2 S. 1082.

[2]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 692; Staudinger a. a. O. Bd. 2,2 S. 1030.

zählen. Zwar verpflichtet sich der Verleiher, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten (§ 598 BGB.), während der Entleiher verpflichtet ist, die geliehene Sache nach der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben (§ 604 BGB.). Wenn sich daher auch beide Parteien begriffsmäßig zu Leistungen verpflichten, so steht die Pflicht des Verleihers doch keineswegs im Äquivalenzverhältnis zu den Entleiherpflichten, dies würde nur dann der Fall sein, wenn die Leihe entgeltlich wäre. Der Nachdruck liegt vielmehr auf der Verpflichtung des einen Kontrahenten, nämlich des Entleihers (§ 601—604 BGB.), die Pflichten des Verleihers (§§ 600, 601 Abs. 2, 606 BGB.) entstehen wiederum nur eventuell. Die Anwendung der Vorschriften über gegenseitige Verträge ist bei dem Leihvertrag ausgeschlossen.[1]) Zur Kategorie der unvollkommen zweiseitigen Verträge gehört auch der Mäklervertrag. Er ist darum kein gegenseitiger Vertrag, weil die Parteien sich nicht wechselseitig zu Leistungen verpflichten.[2])

---

[1]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 570; Planck a. a. O. S. 536, jedoch mit abweichender Begründung.

[2]) vgl. Warneyer, Ergänzungsbd. 1908 S. 149. Urteil des RG. v. 13. 12. 1907.

Dritter Abschnitt.

§ 1.

Der Mangel an erschöpfenden gesetzlichen Bestimmungen über den Mäklervertrag war von jeher der Anlaß zu lebhaften Kontroversen über seine rechtliche Natur. Wenn nun auch das Bürgerliche Gesetzbuch viele Streitfragen durch positive Bestimmungen erledigt hat, so hat es die Frage, ob auch der Mäkler dem Auftraggeber gegenüber zur Leistung verpflichtet ist, offen gelassen. Es dürfte daher angebracht und notwendig erscheinen, auf die römischen und gemeinrechtlichen Anschauungen über den Mäklervertrag kurz einzugehen.

a) Römisches Recht.

Die Rechtsverhältnisse des Mäklers behandeln der 14. Titel des 50. Buches der Digesten und l. 6 Cod. de sponsalibus et arrhis sponsaliciis et proxeneticis V, 1.[1]) In dem Digestentitel heißt es in l. 1, 2 u. 3 folgendermaßen:

l. 1: Proxenetica iure licito petuntur. „Es ist erlaubt, Mäklerlohn einzuklagen."

l. 2: Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus, an possit quasi mandator teneri: Et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen quam mandat, tametsi laudet nomen, idem dico

[1]) Die letztere Stelle kann ich übergehen, weil sie sich ausschließlich mit der Heiratsvermittlung beschäftigt.

et si aliquid philantropi nomine acceperit: nec ex locato conducto erit actio. plane si dolo et calliditate creditorem circum-venerit, de dolo actione tenebitur.

„Wenn ein Mäkler die Hingabe eines Darlehns vermittelt hat, wie viele zu tun pflegen, so fragt es sich, ob er gleichsam als Auftraggeber belangt werden kann. Und ich meine, daß er nicht als Auftraggeber haftet, weil er mehr die Gelegenheit zum Abschluß des Darlehnsvertrages nachweist, als einen Auftrag gibt, auch wenn er das Geschäft als annehmbar hinstellt. Ebenso entscheide ich, wenn er etwas als Mäklerlohn empfangen hat, und man wird dann nicht gegen ihn die Mietklage anstellen können. Wenn er allerdings den Gläubiger mit Absicht und Arglist betrügt, so kann er mit der actio doli haftbar gemacht werden."

lex 3: De proxenetico, quod et sordidum, solent praesides cognoscere: sic tamen, ut et in his modus esse debeat et quantitatis et negotii, in quo operula ista defuncti sunt et ministerium qualequale accomodaverunt facilius quod Graeci *ἑρμηνευτικὸν* appellant peti apud eos poterit, si quis forte condicionis vel amicitiae vel adsessurae vel cuius alterius huiuscemodi proxeneta fuit: sunt enim huius modi hominum (utin tam magna civitate) officinae. est enim proxenetarum modus, qui emptionibus venditionibus commerciis contractibus licitis utiles non adeo improbabili more se exhibent. „Über den Mäklerlohn, der als schmutzig gilt, pflegen die Statthalter zu erkennen, und zwar so, daß auch hierbei Maß gehalten werden muß bezüglich der Höhe des Lohnes als auch der Art des Geschäftes, bei dem sie sich jener leichten Mühe unterzogen und irgendeinen Dienst geleistet haben. Leichter kann das, was die Griechen „*ἑρμηνευτικὸν*" nennen, eingeklagt werden, wenn jemand

etwa Vermittler einer Ehe, einer Freundschaft, des Amtes eines Assessors oder irgendeiner ähnlichen Gelegenheit gewesen ist. Es bestehen nämlich Schreibstuben dieser Art Leute (wie man es auch in einer so großen Stadt erwarten darf). Es gibt nämlich eine Gattung von Mäklern, welche nach einer nicht eben zu mißbilligenden Sitte bei Käufen, Verkäufen, Handelsgeschäften, überhaupt bei erlaubten Kontrakten gute Dienste leisten." Der wiedergegebene Titel der Digesten ist der einzige, der vom Mäklerlohn handelt. Aus dem Inhalt ergibt sich schon, daß die Rechtsverhältnisse des Mäklers keineswegs unbestrittener Natur waren. In der lex 1 wird die Einklagbarkeit des Mäklerlohns generell anerkannt, in der lex 2 ist von der Haftung des Mäklers die Rede, und zwar in negativer Form, indem gesagt ist, der Mäkler, der die Hingabe des Darlehns vermittelt habe, hafte weder als mandator noch als locator bezw. conductor, während er für dolus einzustehen habe. Die lex 3 bezeichnet das forum, bei dem der Mäkler seinen Lohn einklagen kann, und ferner gibt sie eine kurze Charakteristik über die Tätigkeit des Mäklers in Rom und seine Lage. Was die Frage anlangt, ob der Mäkler nach römischem Recht zur Ausführung der von ihm übernommenen Geschäftsvermittlung verpflichtet war, so geben die Digesten keine Auskunft darüber. Jedoch ist eine Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden zu verneinen, wenn man das Wesen des Mäklervertrages in Rom, die Art der Klage auf den Mäklerlohn und den Grad der Haftung, den der Mäkler bei Erfüllung des Vertrages zu prästieren hat, berücksichtigt. Das pactum proxeneticum wurde von den Römern nicht zu den eigentlichen als klagbar anerkannten Kontrakten gezählt. Dies hatte seinen Grund darin, daß die sogen. operae liberales, d. h. die auf vorwiegend

geistiger Tätigkeit beruhenden Dienste im Gegensatz zu den operae illiberales, den niederen Dienstleistungen, nach altem römischen Zivilrecht nicht Gegenstand eines zweiseitigen Vertrages sein konnten. Wohl konnten die operae liberales im Sinne der Übernahme einer Geschäftsbesorgung Gegenstand der Verpflichtung beim mandatum bilden. Auch war trotz der Unentgeltlichkeit des Mandats ein honorarium im Gesetz zum merces für die niederen Dienstleistungen mit dem Wesen desselben vereinbart, eine rechtliche Verpflichtung jedoch für das vorher versprochene oder nachträglich zugesicherte Honorar war nicht begründet, es sei denn, daß das Versprechen in Form der Stipulation gegeben war. Nun hatte zwar der Mäkler einen rechtlichen Anspruch auf seinen Lohn, aber er konnte ihn nicht im Wege des ordentlichen Prozesses geltend machen, sondern wurde zum Verfahren extra ordinem verwiesen, einem Prozesse, der nicht mit einem nach feststehenden Rechtssätzen gesprochenem Urteile, sondern ohne litis contestatio mit einer Entscheidung der frei waltenden Obrigkeit endete. Dem Prätor bezw. dem präses provinciae war völlig freie Hand gelassen, er konnte ohne Rücksicht auf Parteivereinbarung nach billigem Ermessen entscheiden.[1]) Mit der Erteilung der petitio extra ordinem hat die rechtliche Entwicklung des Mäklertums in Rom ihren Abschluß gefunden. Daraus geht aber hervor, daß die römischen Juristen die Frage nach einer Verpflichtung des Mäklers zur Erfüllung des Vertrages gar nicht angeschnitten haben, von einer Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden nach römischem Recht kann deshalb auch nicht die Rede sein. Als unterstützendes Moment tritt noch der Grad der Haftung, den der Mäkler bei der

[1]) vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 2, 2 S. 481.

Erfüllung zu präſtieren hat, hinzu. Nach der lex 3 beſchränkt ſich die Haftung des Mäklers auf dolus und culpa lata.[1]) Für dolus aber haftet nach römiſchem Recht jeder, der für einen andern außerhalb eines Vertragsverhältniſſes tätig wird. Allerdings haftet auch der Depoſitar und Kommodant nur für dolus und culpa lata, aber bei dieſen Verträgen iſt die geringe Haftung gerechtfertigt durch das Fehlen des Intereſſes der Partei am Vertrag. Dagegen hat der Mäkler das größte Intereſſe an der Erfüllung des Vertrages, weil er daraus ſeinen Lohnanſpruch herleitet. Wenn er trotzdem nur für dolus haftet, ſo läßt ſich dies nur eben daraus erklären, daß eine Leiſtungspflicht des Mäklers überhaupt nicht beſtanden hat.

b) Gemeines Recht.

Wie bereits erwähnt, fanden mit der Rezeption des römiſchen Rechts in Deutſchland die wenn auch dürftigen Rechtsnormen über den Mäkler Eingang, ſoweit nicht ſpeziell römiſche Verhältniſſe in Betracht kamen. Nach gemeinem Recht gab es allerdings keinen Unterſchied mehr zwiſchen klagbaren und klagloſen Obligationen, man konnte daher ohne weiteres aus dem Mäklervertrag klagen. Jedoch fehlte auch im gemeinen Recht eine nähere Regelung des Mäklergewerbes, ſo daß die Vorſchriften des römiſchen Rechts auch gemeinrechtlich Geltung behielten. Bereits von den Romaniſten war der Verſuch gemacht worden, das pactum proxeneticum einem der römiſchen Kontrakte unterzuordnen, jedoch ohne Erfolg. Das gemeine Recht iſt auf der ihm durch das römiſche Recht vorgeſchriebenen Bahn fortgeſchritten, und es entſpann

[1]) Dernburg a. a. O. Bd. 2, 2 S. 484.

sich ein lebhafter Streit, ob der Mäklervertrag nach den Grundsätzen über das Mandat oder nach den Regeln des Dienst- oder Werkvertrages oder als besonderer Innominatkontrakt zu beurteilen sei.

Diese Versuche, den Mäklervertrag unter einen der benannten Vertragsarten des gemeinen Rechts (Mandat-, Dienst- oder Werkvertrag) zu bringen, müssen als mißlungen angesehen werden.[1])

Der im römischen Recht für das mandatum geltende Grundsatz mandatum nisi gratuitum nullum est besteht auch für das gemeine Recht und bildet einen prinzipiellen Gegensatz gegenüber der Entgeltlichkeit des Mäklervertrages. Auch die Subsumierung des Mäklervertrages unter die locatio conductio operarum scheitert, obwohl im gemeinen Recht sich die Anschauung über das Wesen und den Wert der Arbeit geändert hatte, daran, daß beim Dienstvertrag der Dienstleistende schon dann den versprochenen Lohn fordern kann, wenn er sachgemäß tätig geworden ist, ohne Rücksicht darauf, ob der in Aussicht genommene und erwünschte Erfolg herbeigeführt worden ist. Beim Dienstvertrag werden die einzelnen Bemühungen vergütet, beim Mäklervertrag dagegen das Resultat der Bemühungen des Mäklers, indem er nur dann belohnt wird, wenn das beabsichtigte Hauptgeschäft, das er vermitteln sollte, zustande gekommen ist.

Die größte Ähnlichkeit hat der Mäklervertrag noch mit der locatio conductio operis, insofern als beide übereinstimmend Dienstleistungen mit bestimmtem Erfolge zum Gegenstand haben. Die Art des herbeizuführenden Erfolges ist jedoch durchaus verschieden. Zwar ist im

---

[1]) Riesenfeld a. a. O. Bd. 36 S. 30ff.; Rocholl a. a. O. S. 77.

gemeinen Recht der Begriff des opus auf immaterielle Leistungen ausgedehnt worden, aber die Leistung des Mäklers bildet kein fertiges Werk, sondern nur eine Vorarbeit, die nur event. durch den von den Parteien des zu vermittelnden Vertrages selbst und willkürlich vorgenommenen Abschluß des vermittelten Vertrages als erfolgreich gekrönt wird.[1]) Die Behandlung des Mäklervertrages als einen besonderen Innominatkontrakt dürfte deshalb den Vorzug verdienen.[2]) Crome sagt allerdings hierzu: „Diese Klassifizierung war gewiß die bequemste, ein sonstiger Vorzug läßt sich ihr nicht nachrühmen".[3]) In der Tat ist ja auch durch diese Subsumtion für die Beantwortung der Streitfrage nicht viel gewonnen, da besondere Rechtssätze sich für die Innominatkontrakte nicht entwickelt haben. Jedoch geht daraus hervor, daß die römischen Grundsätze über die Verpflichtung des Mäklers zur Leistung auch im gemeinen Recht zunächst maßgebend sein mußten.

c) Die Partikularrechte.

Von den deutschen Landesgesetzgebungen kommen nur die größeren Kodifikationen (Preußen, Bayern, Sachsen) in Betracht. Das allgem. Landrecht hat den Streit über die rechtliche Natur des Mäklervertrages nicht zum Abschluß gebracht.[4]) § 1316 in Teil 2 Titel 8 sagt: „Wer ein Geschäft durch einen Mäkler abschließt, muß die Handlungen desselben ebenso vertreten, wie der Vollmacht-

[1]) vgl. Rocholl a. a. O. S. 70; Riesenfeld a. a. O. S. 36.

[2]) vgl. Riesenfeld Bd. 36 S. 38 und die daselbst angegebene Literatur.

[3]) Crome a. a. O. S. 420.

[4]) Riesenfeld a. a. O. Bd. 37 S. 40 ff.; Neubauer a. a. O. S. 4.

geber die Handlungen des Bevollmächtigten". Weitere Vorschriften sind im allgem. Landrecht nicht enthalten; zudem sind die §§ 1305—2064 II, 8 ALR. durch Art. 60 Nr. 1 EG. z. HGB. v. 24. 6. 1861 aufgehoben worden. Am nächsten verwandt ist der Mäklervertrag den Verträgen über Handlungen und dem Vollmachtsauftrag. Viele Regeln beider Kategorien passen auf ihn, ohne daß er sich vollkommen mit den Vorschriften eines jener Verträge deckt. Auch die damalige Judikatur ist schwankend. In neuerer Zeit ist nach Neubauer[1]) „überwiegend die Auffassung zur Geltung gelangt, der Vertrag sei als ein Vertrag über Handlungen zu beurteilen, ohne daß die Unterscheidung anerkannt wird, welche in der Entscheidung des vorm. OTr. Bd. 52 S. 226 ff. sich findet, der Auftrag zur Ermittlung und Zuführung eines Käufers sei zwar ein Vertrag über Handlungen, der Auftrag zur Vermittlung des Kaufvertrages aber ein Vollmachtsvertrag".

Auch im bayerischen Partikularrecht vermißt man eine einheitliche Theorie. Der codex Maximilianeus Bavaricus civilis sagt in Teil 4 Kap. 9 § 16, daß derjenige, der „sich nur unterhandlungsweise gebrauchen läßt, z. B. ein Täntler oder Vermittler, kein Anwalt ist, sondern wenn er sich hierum bezahlen läßt, vielmehr ein locator operarum". Andererseits heißt es in Teil 4 Kap. 9 § 6: „Der Prinzipal zahlt dem mandatario nach verrichteter Mühe den versprochenen recompens, und da keiner versprochen ist, so wird solcher nach Beschaffenheit des Geschäfts und der hierunter verwandten Mühewaltung unparteiisch taxiert, sofern mandatarius anders eine Person ist, welche sich gratis in fremde Sachen nicht verwenden,

[1]) Neubauer a. a. O. S. 4.

sondern salarieren zu lassen pflegt, z. B. . . . Täntler und dergl.".

Erscheint sonach der Mäkler bald als locator operarum, bald als mandatarius, so entsteht noch größere Verwirrung durch eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts München,[1]) welche besagt, daß nach bayerischem Landrecht der Mäklervertrag als eine Dienstmiete zu betrachten sei, und zwar als locatio conductio operis.

Im Gegensatz hierzu hat das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, publiziert am 2. 1. 1863, als einziges Partikularrecht den Zivilmäklervertrag in §§ 1254 bis 1259 näher geregelt. Obwohl es jedoch ausführlichere Bestimmungen über den Mäklervertrag enthält und ihm eine selbständige Stellung im Rechtssystem eingeräumt hat, hat der Gesetzgeber seine Auffassung über die rechtliche Natur des Mäklervertrages nicht zum Ausdruck gebracht. Die Motive zu § 1254 dagegen lassen einen bestimmten Gesichtspunkt erkennen, es heißt daselbst: „Der Vertrag, welcher die Nachweisung einer zur Eingehung eines Vertrages geeigneten Person oder die Nachweisung einer Sache oder die Vermittlung eines Vertrages zum Gegenstand hat, kann in der Form eines Mandats einer locatio conductio operarum, auch nach Befinden operis vorkommen. Von diesen Formen, welche nach den Vorschriften des dafür gewählten Vertrages zu beurteilen sind, ist hier nicht die Rede, vielmehr wird hier nur von derjenigen Art eines solchen Vertrages gehandelt, welche nicht in einen bestimmten anderen Vertrag übergeht, sondern bloß als bedingtes Versprechen sich darstellt".

Auf ähnliche Rechtsanschauungen fußt, wie aus den Protokollen ersichtlich, der Dresdener Entwurf eines Obli-

[1]) vgl. Seufferts Bl. f. RA. Bd. 43 S. 237.

gationenrechtes von 1866 in den Art. 675—689, wo der Gesichtspunkt eines bedingten Zahlungsversprechens unter Annahme einer Potestativbedingung auf seiten beider Vertragschließenden maßgebend gewesen ist (vgl. Riesenfeld Bd. 37 S. 48).

§ 2.

Im Gegensatz zum sächs. Bürgerlichen Gesetzbuch und dem „Dresdener Entwurf", die beide ausdrücklich die Leistungspflicht des Mäklers verneint haben, hat das Bürgerliche Gesetzbuch derartige Bestimmungen nicht aufgenommen. Die Motive erklären diese Bestimmungen ausdrücklich für „bedenklich". Es heißt daselbst: „Zu den Vorschriften der letzteren Art gehört namentlich die Bestimmung, daß der Mäklervertrag den Mäkler nur berechtigt, nicht verpflichtet, der Mäkler mithin auf Grund des Vertrages zur Aufwendung von Bemühungen im Interesse des Auftraggebers nicht angehalten werden könne und wegen eines Verschuldens bei Ausrichtung seiner Dienste dem Auftraggeber nicht aus dem Vertrage, sondern nur nach dem Grundsatze über unerlaubte Handlungen (§§ 704, 705) verantwortlich sei. Unleugbar sind im praktischen Leben die Fälle nicht selten, in welchen der Mäklervertrag diese Bedeutung hat, von welchen das sächs. BGB. § 1255 und der Dresdener Entwurf Art. 675 ausgehen. Ebensowenig aber läßt sich leugnen, daß der Vertrag mitunter einen andern Charakter, nämlich den eines zweiseitigen Vertrages, durch welchen der Mäkler bestimmte Verpflichtungen übernimmt, an sich trägt".[1]) Der Standpunkt der Motive, der die Behandlung des Mäklervertrages als einen einseitig verpflichtenden Vertrag

[1]) Mot. a. a. O. S. 511.

ablehnt und offenbar zu der Ansicht neigt, daß im Regelfalle beide Parteien sich wechselseitig zu Leistungen verpflichten, was konsequenterweise die vertragsmäßige Haftung des Mäklers bei der Erfüllung zur Folge hat, hat in der Wissenschaft zahlreiche und bedeutende Anhänger gefunden. Unter den Vertretern dieser Ansicht finden wir vor allem Dernburg,[1]) Crome,[2]) Cosack,[3]) Lotmar,[4]) Meißner,[5]) Cohen.[6]) Sie behandeln den Mäklervertrag als einen vollkommen zweiseitigen Vertrag, indem sie eine Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden, zur Treue und Sorgfalt annehmen. Besonders hat Crome in seinem Werk, Die partiarischen Rechtsgeschäfte,[7]) ausführlich sich mit der Natur des Mäklervertrages befaßt. Er bejaht die Verpflichtung des Mäklers zur Aufwendung der versprochenen Bemühungen aus dem Gesichtspunkt der Billigkeit und aus dem Umstand, daß der Auftraggeber genötigt ist, dem Mäkler besonderes Vertrauen zu schenken und ihn zum Mitwisser seiner persönlichsten Angelegenheiten zu machen. Er sagt: „Nun heißt es doch geradezu eine Prämie auf die Verletzung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr setzen, wenn man in einem Falle, wo der eine Teil genötigt ist, dem anderen sein ganzes Innere aufzudecken, sich gänzlich seiner Treue, Geschicklichkeit und Umsicht zu überlassen, den anderen in dieser Hinsicht nur für dolus und Delikt

---

[1]) Dernburg, Lehrb. a. a. O. S. 484.

[2]) Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 418, Lehrb. Bd. 2,2 S. 709.

[3]) Cosack, Lehrb. Bd. 1 S. 457.

[4]) Lotmar a. a. O. S. 281 ff.

[5]) Meißner a. a. O. S. 212.

[6]) Cohen a. a. O. S. 249.

[7]) Crome S. 418.

haftbar macht. Es wird als die Absicht der Parteien anzusehen sein, daß sie nur dem gemacht werden sollen, der sich auch seinerseits zur entsprechenden Verwertung der mitgeteilten Angaben verband bezw. zur Beseitigung der aufgedeckten Übelstände in der begehrten Richtung das Seinige zu tun versprochen hat".[1])

Allerdings gibt Crome zu, daß die vom Mäkler versprochene Leistung wegen ihrer besonderen Beschaffenheit, insofern sie von vornherein unbestimmt und unbestimmbar ist und eine Kontrolle über die zu ergreifenden Maßregeln sich von selbst verbietet, regelmäßig im Klagwege nicht erfolgreich erzwungen werden kann, wenngleich er auch diese Tatsache nur mit Ausnahmen zugibt.[2])

Auch Dernburg begründet seine Ansicht lediglich damit, daß Gerechtigkeit und Gleichberechtigung der Parteien eine Leistungspflicht des Mäklers aus dem Vertrage verlangen.

Überzeugender und tiefer erscheinen die Ausführungen Lotmars,[3]) indem er die klagbare Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden und damit die zweiseitig verpflichtende Natur des Mäklervertrages nicht aus allgemeinen Gesichtspunkten, sondern aus den gesetzlichen Bestimmungen heraus ableitet. Für ihn war der Gesetzestext von grundlegender Bedeutung für die Beantwortung der Streitfrage. Weil das Gesetz in den §§ 652, 655 sagt: „für den Nachweis, für die Vermittlung" wird der Mäklerlohn versprochen, muß, wie er ausführt, dem Mäklerlohn der Charakter der Gegenleistung verliehen werden, da der Nachweis und die Vermittlung bei dieser Fassung

---

[1]) Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 416.
[2]) Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 418 Anm. 16.
[3]) vgl. Lotmar a. a. O. S. 283/84.

nicht bloßer Bedingungsumstand sei. Ferner werde in § 653 BGB. der Mäklerlohn als „Vergütung" bezeichnet analog dem Dienst- und Werkvertrag, was auf Gegenleistung gehe und hier wie dort eine Leistung einer Gegenleistung gegenüberstelle. Auch sei in § 653 BGB. von der „dem Mäkler übertragenen Leistung" die Rede. „Die dem Mäkler übertragene Leistung sei eine vom Mäkler übernommene Leistung (vgl. § 93 HGB.) und nach der Übertragung dem Mäkler obliegende Leistung, also in obligatione". Als viertes Moment bringt Lotmar vor, daß man auch nicht von einer gesetzlich bedingten Leistungspflicht des Auftraggebers reden könne. Der Auftraggeber könne das Zustandekommen des Vertrages nicht beliebig vereiteln, sein Recht, den vermittelten Vertragsabschluß abzulehnen, bestehe lediglich dem Dritten gegenüber, nicht dem Mäkler gegenüber.[1])

Die Vertreter der gegenteiligen Ansicht, die eine Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden leugnen, befinden sich weit in der Überzahl. Jedoch hat man auch hier zwei Gruppen zu scheiden. Die einen leugnen damit zugleich die Zweiseitigkeit des Vertrages und erkennen ihn nur als streng einseitig verpflichtenden Vertrag an, andere halten, trotzdem sie die Verpflichtung des Mäklers zur Leistung verneinen, an der Zweiseitigkeit des Vertrages fest und betonen die vertragsmäßige Haftung des Mäklers für Verletzung der ihm bei Erfüllung des Vertrages obliegenden Treue und Sorgfalt. Zu der ersten

[1]) Soweit ich die Literatur und Rechtsprechung übersehe, wird diese Ansicht nur vom OLG. Naumburg (OLGR. Bd. 12 S. 86, Entsch. v. 14. 11. 1905) geteilt mit der Begründung, daß der gegenteilige Standpunkt nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben zu vereinigen sei.

Gruppe gehören vor allem Reuling,[1] Burchard,[2] Endemann[3] und Siber.[4]

Reuling erblickt in der Natur des Mäklervertrages ein der Rechtsgestaltung der Auslobung analoges Rechtsgebilde, das sich von der Auslobung lediglich darin unterscheidet, daß das Provisionsversprechen an eine certa persona sich knüpft und die rechtliche Natur eines vertragsmäßigen bedingten Zahlungsversprechens hat. Das ganze Vertragsverhältnis erschöpft sich nach seinen Ausführungen in dem einseitig bedingten Zahlungsversprechen des Auftraggebers. Alle Bemühungen des Mäklers, die er aufwendet, fallen nicht mehr in den Rahmen des abgeschlossenen Vertrages, eine Verpflichtung dazu hat er nicht übernommen.

„Alles was er tut, damit der Erfolg — der Abschluß des zu vermittelnden Vertrages — wirklich erreicht wird, den der Auftraggeber wünscht und den jetzt, weil er dadurch die Provision verdient, auch der Vermittler wünscht, alles dies tut der Vermittler vom Standpunkt der rechtlichen Beurteilung aus einfach conditionis implendae causa."

Die Erfüllung der Bedingung des dem Mäkler gegebenen bedingten Zahlungsversprechens ist die einzige Triebkraft, die den Mäkler zum Tätigwerden treibt, einer rechtlichen Verpflichtung des Mäklers zugunsten des Auftraggebers bedarf es gar nicht.

„Das Rechtsverhältnis ist so gestaltet, daß das eigene Interesse des Vermittlers, der Wunsch, die Provision zu verdienen, ihn stärker, jedenfalls nicht minder stark treibt,

---

[1] Reuling a. a. O. S. 214 ff.
[2] Burchard a. a. O. S. 290 ff.
[3] Endemann a. a. O. S. 1113.
[4] Siber a. a. O. S. 22.

im Sinne der Erfüllung jener Zahlungsbedingung tätig zu werden, als ihn die Verpflichtung aus einem synallagmatischen Vertrag zu treiben vermöchte."[1] Als unterstützendes Moment führt Reuling weiter an, daß der dem Mäkler gelassenen Freiheit andererseits die unabhängige Stellung des Auftraggebers, der bis zuletzt freier Herr seiner Entschließung bleibt, und den Erfolg aller Mühen und Aufwendungen des Mäklers willkürlich wieder vernichten kann, entspreche. Auch Burchard und Endemann kommen zu dem gleichen Ergebnis; ersterer betrachtet den Mäklervertrag als einen Vertrag sui generis, „eigentlich nur eine einseitige Erklärung des ausdrücklich oder stillschweigend einen Mäklerlohn Versprechenden, und zwar mit einer doppelten Potestativbedingung. Der Mäkler hat es in seiner Hand, ob er den ihm versprochenen Lohn verdienen will, allerdings hat er es nicht immer in der Hand, ob er ihn verdienen kann".[2]

Einen vermittelnden Standpunkt nehmen die Schriftsteller ein, welche an der Zweiseitigkeit des Mäklervertrages festhalten, jedoch eine positive Verpflichtung des Mäklers zur Ausübung der Vermittlertätigkeit als begriffliches Merkmal des Mäklervertrages nicht anerkennen. Die letztere Auffassung trägt der eigenartigen Gestaltung des Mäklervertrages, seiner Gestaltung als contractus sui generis, in befriedigender Weise Rechnung. Diese Ansicht ist auch, wie noch näher ausgeführt werden wird, rechtlich begründet und löst die Streitfrage in einer dem Billigkeitsprinzip durchaus entsprechenden Weise.

---

[1] Reuling a. a. O. S. 218.
[2] Burchard a. a. O. S. 290.

§ 3.

Schon aus der Fassung und der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches läßt sich eine Pflicht des Mäklers zur Entfaltung seiner Tätigkeit schlechterdings nicht herleiten. Die Begriffsbestimmung des Mäklervertrages in § 652 BGB. enthält lediglich eine bedingte Leistungspflicht des einen Kontrahenten, indem jemand einem andern für eine gewisse Tätigkeit einen Lohn unter der Bedingung verspricht, daß ein von ihm gewünschter Erfolg infolge der Tätigkeit des Mäklers zustande kommt.

Rein äußerlich fällt schon die grundverschiedene Fassung des § 652 BGB. von der der §§ 611 u. 631 BGB., die die Begriffsbestimmung des Dienst- und Werkvertrages enthalten, auf. In § 611 BGB. heißt es: „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet". In § 631 sagt das Gesetz: „Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet". Die Verpflichtung zur Dienstleistung wird noch besonders hervorgehoben in den §§ 613, 627, 633, 637 BGB.

Im § 652 Abs. 1 BGB. dagegen ist nicht die Rede davon, daß der Mäkler sich durch den Abschluß des Vertrages verpflichtet, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen oder eine bestimmte Arbeit zu leisten, er hat nach der Fassung des zitierten Paragraphen lediglich die Möglichkeit und das Recht, sich einen Lohn für eine gewisse Tätigkeit zu verdienen. Durch den Abschluß des Mäklervertrages wird für den Mäkler gegenüber dem Auftraggeber zunächst nur ein Recht begründet, keine Verpflichtung.

Auch die ganze Entstehungsgeschichte des § 652 weist auf diese Tatsache hin.[1]) Seine Fassung zeigt eine nahe Verwandtschaft mit der Definition des § 1254 sächs. BGB. und Art. 675 des Dresdner Entwurfs. Berücksichtigt man dabei, daß die genannten Kodifikationen die einzigen waren, welche ausführliche Bestimmungen über den Mäklervertrag enthielten, so ist dies nicht sonderlich auffällig, andererseits liegt eine Beeinflussung durch diese Rechtsnormen klar auf der Hand. Der § 580 1. Entw. stimmt fast wörtlich mit § 1254 überein,[2]) die folgenden Fassungen bringen dann lediglich eine sprachliche Vereinfachung. Überdies ist noch in Abs. 2 der Abs. 2 des Art. 675 des Dresdner Entwurfs aufgenommen worden. Der Dresdner Entwurf ist ebenfalls dem sächs. Bürgerl. Gesetzbuch entlehnt, er enthielt in § 675 aber noch zwei Zusätze, nämlich, daß der Mäkler zur Nachweisung oder Verpflichtung nicht verpflichtet sei und daß, wenn der Mäklervertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen werde, der Mäkler erst nach Eintritt der Bedingung die Mäklergebühr fordern könne. Das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch sowie der Dresdner Entwurf haben somit beim

[1]) Mot. Bd. 2 S. 509—516; Prot. Bd. 2 S. 342—347; sächs. BGB. §§ 1254—1259; Dresdner Entw. Art. 675—680; 1. Entw. z. BGB. § 580, 2. Lesung §§ 587, 588, 3. Lesung §§ 642, 643 (Bundesratsvorlage).

[2]) § 1254 sächs. BGB. lautet: „Hat jemand einem anderen für die Nachweisung einer zur Eingehung eines Vertrages geeigneten Person oder für die Nachweisung einer Sache oder für die Vermittlung eines Vertrages einen Lohn, Mäklergebühr, versprochen, so kann der Mäkler die Mäklergebühr nur fordern, wenn derjenige, welcher sie versprochen hat, mit der nachgewiesenen Person oder über die nachgewiesene Sache oder infolge der Vermittlung des Mäklers den Vertrag schließt". § 1255 lautet: „Eine Klage auf Nachweisung oder Vermittlung wider den Mäkler findet nicht statt".

Mäklervertrag den Standpunkt des streng einseitig verpflichtenden Vertrages durchgeführt. Wenn nun auch die Motive den Standpunkt des sächs. Bürgerlichen Gesetzbuches und des Dresdner Entwurfes abgelehnt haben, so geben sie andererseits doch ausdrücklich die Möglichkeit zu, daß der Mäklervertrag auch diese Form, wie sie das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch besonders anerkannt hat, annehmen kann. Allerdings, wie aus dem Wortlaut zu entnehmen ist, nicht als Normalfall. Demgegenüber ist aber einmal darauf hinzuweisen, daß, wenn auch die Äußerungen der Gesetzesredaktoren von hoher Bedeutung für die ratio legis sind, sie doch nicht die Kraft einer legalen Interpretation besitzen. Andererseits ist aus dem Inhalt der Motive lediglich der Schluß zu ziehen, daß der Mäklervertrag wohl auch in der Form eines gegenseitigen Vertrages geschlossen werden kann, ohne den Charakter eines Mäklervertrages zu verlieren.

Ferner kann der Mäkler gemäß § 652 Abs. 2 BGB. Ersatz der Aufwendungen nur verlangen, wenn es vereinbart ist. Sonst trägt der Mäkler die Kosten der gemachten Aufwendungen, auch wenn es außergewöhnliche Auslagen waren, sogar auch dann, wenn seine Tätigkeit erfolglos war, oder wenn der Auftrag zurückgezogen worden ist.[1]) Auch diese Bestimmung widerspricht der Annahme einer Leistungspflicht des Mäklers aus § 652 BGB., sie ist nur dann gerechtfertigt, wenn es im freien Belieben des Mäklers steht, ob er tätig sein und das Risiko event. vergeblicher Aufwendungen von Arbeit und Geld zwecks Herbeiführung eines Erfolges übernehmen will. Ich will als argumentum e contrario auf die entsprechenden Bestimmungen beim Auftrag und der Leihe

[1]) vgl. Staub a. a. O. S. 386.

(§§ 670 u. 601 BGB.) sowie beim Handelsagenten (§ 90 HGB.) hinweisen.

Ebensowenig läßt sich aus dem Gesetzestext der Schluß herleiten, daß der Mäkler im Zweifel zur Aufwendung der Tätigkeit verpflichtet sei, wie dies Lotmar annimmt. Gewiß ist zuzugeben, daß der Mäklerlohn gezahlt wird als ein Entgelt für aufgewendete Bemühungen; aber eben nur dann, wenn es dem Auftraggeber beliebt hat, die Tätigkeit des Mäklers zu verwerten, wenn der zu vermittelnde Vertrag infolge der Tätigkeit des Mäklers zustande gekommen ist. Die Tätigkeit des Mäklers allein kann niemals den gewünschten Erfolg, das Zustandekommen des Vertrages, herbeiführen, sie muß sich notwendigerweise mit einem Akt verbinden, den der Auftraggeber vornimmt. Erst dann, und nur dann wird der Mäkler für das Resultat seiner Bemühungen belohnt. Dieser letzte Teil des § 652 BGB. darf nicht vom ersten getrennt werden, wie Lotmar dies getan hat. Denn welches Äquivalent wird dem Mäkler für seine Leistung gegeben, wenn er nach eifriger Arbeit nichts erhält, weil der Auftraggeber den Hauptvertrag nicht abgeschlossen hat? Wenn ferner im § 653 BGB. von „der dem Mäkler übertragenen Leistung" gesprochen wird, so soll hierdurch nur zum Ausdruck gebracht werden, daß nur eine mit Wissen und Wollen des Auftraggebers erfolgte Leistung des Mäklers rechtlich relevant ist.[1]) Wenn das Gesetz endlich von „Vergütungen" spricht, so ist damit noch nicht gesagt, daß eine Pflicht des Mäklers zur Leistung besteht. Wohl kann man daraus entnehmen, daß auch der Mäklervertrag, gleich dem Dienst- und Werkvertrag, allgemein unter die Kategorie der Arbeits-

[1]) Planck a. a. O. S. 637; Siber a. a. O. S. 19.

verträge fällt, indem bei jedem dieser Verträge für die Arbeit ein Entgelt geleistet wird. Nur sind eben die Voraussetzungen, unter denen die Arbeit belohnt wird, verschieden. Auch beim Mäklervertrag ist die Tätigkeit gleichfalls die Bedingung für die Belohnung, diese Bedingung aber schiebt auf, zwingt jedoch nicht.

Gibt darnach weder das Gesetz noch seine Entstehungsgeschichte einen Anhalt dafür, daß der Mäkler eine Verpflichtung zur Nachweisung oder Vermittlung eines Vertrages übernimmt, so kann auch aus der Natur des Mäklervertrages, aus seinem wirtschaftlichen Zweck nicht auf eine Leistungspflicht des Mäklers geschlossen werden.

Man hat beim Mäklervertrag stets die Unabhängigkeit des Auftraggebers anerkannt. Er soll nicht gebunden sein, einen Vertrag abzuschließen, auch wenn die Bedingungen dazu noch so günstig sind; er kann ungeachtet der Bemühungen des Mäklers das angebotene abschlußreife Geschäft nach Belieben ablehnen oder annehmen, selbst wenn diese Ablehnung grundlos, ja widersinnig ist.[1]) Die Verpflichtung des Auftraggebers zum Vertragsabschluß wäre überhaupt nur denkbar, wenn die Vertragstätigkeit des Mäklers so genau normiert worden wäre, daß durch die bloße Annahmeerklärung seitens des Auftraggebers der Vertrag zustande kommen würde. In diesem Falle leistet der Mäkler aber keine Mäklertätigkeit mehr, ein derartiger Vertrag würde der Besonderheiten, die dem Mäklervertrag eigen sind, entbehren. Der Grund für diese freie, unabhängige Stellung des Auftraggebers gegenüber dem Mäkler liegt in der Art und Beschaffenheit der Tätigkeit des Mäklers. Weil die Tätigkeit des

[1]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 674; Planck a. a. O. S. 629; Mot. S. 512.

Mäklers ihrem Umfange nach und ihrem Wesen nach unbestimmt und unbestimmbar ist, weil die Wahl der einzelnen Handlungen der Geschicklichkeit, der Sach-, Orts- und Personenkenntnis des Mäklers überlassen werden müssen, und sie demzufolge unkontrollierbar sind, wird nicht der Umfang der geleisteten Dienste vergütet, sondern das vermittelte, vom Auftraggeber abgeschlossene Geschäft belohnt den Mäkler. Darum bestimmt auch der Wert des Vertragsgegenstandes die Höhe der Vergütung, nicht etwa die Summe der geleisteten Arbeit. Diese beiden Momente, daß der Lohn bloß gezahlt werden muß, wenn der Vertrag zustande gekommen ist, und daß der Auftraggeber andererseits diesen Vertrag nicht abzuschließen braucht, erfordern naturgemäß die Freiheit und Ungebundenheit des Mäklers, für den Auftraggeber tätig zu werden, da er das Risiko seiner Arbeit trägt.

Entspricht es denn dann der Billigkeit, wie Dernburg und Crome so scharf betonen, wenn der Mäkler zur Leistung verpflichtet sein soll, wenn deren Erfolg vorwiegend auf der reinen Willkür des Auftraggebers beruht? Diese Verpflichtung des Mäklers würde in der nur sehr bedingten Gebundenheit des Auftraggebers zur Zahlung des Mäklerlohnes kein Äquivalent finden und den Mäkler in auffälliger Weise benachteiligen. Auch das Oberlandesgericht Dresden hat in einer Entscheidung ausgesprochen, daß die Verpflichtung des Mäklers zur Leistung von Diensten nicht der regelmäßigen Natur des Mäklervertrages entspreche.[1])

In dieser Beziehung und insoweit kann man die Ausführungen Reulings nur billigen, ein Recht des Auftraggebers gegenüber dem Mäkler auf Leistung der

[1]) OLGR. Bd. 12 S. 87; a. A. OLG. Bamberg ebendaselbst S. 86.

Vermittlertätigkeit findet in der gesetzlichen Gestaltung des Mäklervertrages keinen Boden. Das einzige Rechtsmittel des Auftraggebers bei Säumigkeit des Mäklers besteht für den Fall, daß er Lohnansprüche geltend macht, in der Leistungsverweigerung. Nicht etwa kann er aus dem lediglich passiven Verhalten des Mäklers, selbst wenn er dem Auftraggeber davon keine Mitteilung macht, einen Schadensersatzanspruch herleiten.[1]) Aus den bisherigen Ausführungen geht daher hervor, daß die Leistungspflicht des Mäklers kein begriffliches Merkmal des Mäklervertrages bildet.[2]) Mehrere Schriftsteller sind nun der Ansicht, daß auch die Übernahme einer allgemeinen Tätigkeitspflicht das Wesen des Mäklervertrags nicht ändere.[3]) Soweit die Verpflichtung des Mäklers sich nicht auf Vornahme bestimmter Einzelhandlungen erstreckt und den Mäkler nicht bindet, nach bestimmten Instruktionen zu handeln, kann man der Ansicht der genannten Schriftsteller ohne Bedenken beitreten.[4]) Sobald allerdings der Mäkler zur Vornahme einzelner bestimmter Handlungen verpflichtet sein sollte oder gar nach einzelnen Anweisungen des Auftraggebers handeln muß, so fällt die ganze Abrede aus dem Rahmen des Mäklervertrages heraus und

---

[1]) Burchard a. a. O. S. 289; Riesenfeld Bd. 37 S. 275 ff.; Rocholl a. a. O. S. 89.

[2]) vgl. Planck a. a. O. S. 629; Oertmann a. a. O. S. 672; Kuhlenbeck a. a. O. S. 532; Fischer-Henle a. a. O. S. 324; Staub a. a. O. S. 384; Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 527; Siber a. a. O. S. 19; Riezler a. a. O. S. 91; Dörr a. a. O. S. 628; Woltersdorf a. a. O. S. 31; Riesenfeld a. a. O. S. 275; Jacusiel a. a. O. S. 13; Leyser a. a. O. S. 22; Auerbach a. a. O. S. 25; Gauß a. a. O. S. 28.

[3]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 672; Staub a. a. O. S. 382; Planck a. a. O. S. 629.

[4]) Mot. S. 510.

nähert sich dem Dienstvertrag. Ein Mäklervertrag mit genereller Leistungspflicht des Mäklers bekommt natürlich eine andere rechtliche Gestalt mit besonderen rechtlichen Folgen. Jede Partei verpflichtet sich zu einer Leistung, so daß ein gegenseitiger Vertrag vorliegt. Der Mäklervertrag nähert sich in dieser Gestalt dem Dienstvertrag. Der Ansicht Staubs dagegen, daß in diesem Fall der Mäklervertrag zugleich ein Dienstvertrag sei, kann man nicht beistimmen, da dieser Vertrag noch immer die charakteristischen Merkmale des Mäklervertrags an sich hat; die generelle Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden ist eben nur von untergeordneter Bedeutung.[1]) Soweit daher die Vorschriften über die gegenseitigen Verträge nicht ausreichen, wird man die Bestimmungen über den Dienstvertrag anwenden müssen. Dies gilt vor allem von der Kündigung, denn es ist klar, daß der Mäkler nicht ohne weiteres von einem Vertrag, in dem er sich zu einer Leistung verpflichtet hat, zurücktreten kann. Die Ansichten gehen jedoch darüber auseinander, ob § 626 oder § 627 BGB. Anwendung finden muß. Die herrschende Meinung neigt zur Anwendung des § 626 BGB.[2]) Ich kann in der Art der Tätigkeit des Mäklers prinzipiell keine Dienste höherer Art erblicken, dies könnte vielleicht in einem einzelnen Fall vorliegen. Die Art der Tätigkeit des Mäklers erfordert doch keineswegs höhere wissenschaftliche, künstlerische oder mindestens technische Ausbildung, so daß man von einer besonderen Vorbildung sprechen könnte. Auch kann man nicht von einer be-

[1]) vgl. Staub a. a. O. S. 383; ebenso Enneccerus a. a. O. S. 961; dagegen Lotmar a. a. O. S. 282 Anm. 1; Düringer-Hachenburg S. 527; Planck S. 629.

[2]) vgl. Planck S. 632; Staub S. 394; Enneccerus S. 965; a. A. Düringer-Hachenburg S. 527.

sonderen Vertrauensstellung des Mäklers sprechen, besonders im Handelsverkehr pflegt dies häufig nicht der Fall zu sein.

Der Auftraggeber kann natürlich jederzeit kündigen, er ist ja durch die Leistungspflicht des Mäklers in keiner Weise gebunden worden, den vom Mäkler zu vermittelnden Vertrag abzuschließen, ein Recht, das in seiner Freiheit noch viel weiter als jedes Kündigungsrecht geht.[1])

Die Leistungspflicht des Mäklers ist jedoch für den Auftraggeber von zweifelhaftem Wert. Schon Crome gibt zu, daß eine Klage des Auftraggebers gegen den Mäkler auf Vornahme der zugesagten Dienste regelmäßig erfolglos ist.[2]) Die Art und Beschaffenheit der Tätigkeit des Mäklers vor allem, soweit die Vermittlertätigkeit in Betracht kommt, entzieht dem Auftraggeber die faktische Möglichkeit, die Leistung des Mäklers im Klagewege zu erzwingen. Der Auftraggeber muß es dem Ermessen des Vermittlers überlassen, wie er den Erfolg auf die beste und schnellste Art herbeizuführen gedenkt. Geschicklichkeit, Konnexion, die Konjunkturen des Marktes und andere Zufälligkeiten spielen dabei eine große Rolle. Daher wird eine vom Auftraggeber erhobene Klage gegen den Mäkler auf Leistungen der Vermittlertätigkeit den Vorschriften der Zivilprozeßordnung meist nicht genügen können. Die Klage muß nach § 253 Ziff. 2 ZPO. einen bestimmten Antrag enthalten. Ein Antrag auf Vornahme der übernommenen Vermittlung reicht nicht aus, denn der Klagantrag muß das Klagbegehren nach Art und Umfang mit Sicherheit erkennen lassen; er muß so genau bezeichnet sein, daß eine den Beklagten verurteilende Entscheidung

[1]) vgl. Staub a. a. O. S. 383; Planck a. a. O. S. 636.
[2]) Crome a. a. O. S. 418.

möglich ist. Diese Voraussetzungen würden nicht erfüllt sein, wenn der Antrag z. B. lautete, den Beklagten zu verurteilen, den Verkauf eines Landgutes zu vermitteln. Überdies kann der Angabe einzelner bestimmter vorzunehmenden Maßregeln der Mäkler auch stets durch Hinweis bereits anderer vorgenommener oder projektierter Maßnahmen entgegentreten.[1])

Aber selbst wenn eine derartige Klage wirksam erhoben wäre, würden sich einer etwaigen Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil erhebliche Schwierigkeiten entgegenstellen. Die Anwendung des § 888 ZPO. erscheint um deswillen ausgeschlossen, da einmal die Bezeichnung der Handlungen, welche vorgenommen werden sollen, nicht bestimmt genug ist, andererseits die Handlungen nicht ausschließlich vom Willen des Mäklers abhängen, sondern äußere Umstände ihm hindernd in den Weg treten können. Ebenso bedenklich erscheint die Anwendung des § 887 ZPO., der die Vollstreckung der vertretbaren Handlungen, d. h. deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, regelt. Es würde jedenfalls zu weit gehen, wollte man allgemein und regelmäßig die Vermittlung als eine fungible Handlung ansehen. Im einzelnen Falle mag dies möglich sein. Insbesondere dann, wenn die Tätigkeit mehr mechanischer Art ist und keine besonderen Fähigkeiten des Mäklers voraussetzt.[2]) Anders gestaltet sich die prozessuale Lage, wenn es sich lediglich um die Nachweistätigkeit des Mäklers handelt; in diesem Falle dürfte häufig eine Verurteilung wohl möglich sein und besonders der Anspruch auf Schadensersatz wegen unterlassenen Nachweises in vielen

---

[1]) vgl. Crome a. a. O. S. 418; Rocholl a. a. O. S. 84.

[2]) Riesenfeld a. a. O. S. 276; Rocholl S. 84; RG. Bd. 31 S. 420.

Fällen begründet werden können.[1]) Zu beachten ist jedoch auch hier, daß, wenn eine solche Verurteilung eingetreten, der Auftraggeber trotzdem freie Hand behält, die ihm dargebotene Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages zu benutzen oder nicht, so daß der Mäkler event. eine Gegenleistung nicht behält.

Rechtsirrtümlich sind dagegen die Ausführungen Riesenfelds, der ein Klagrecht des Auftraggebers im Falle der Leistungspflicht des Mäklers schon rein begrifflich ausschließt. Riesenfeld sagt: „Einen Verpflichteten zu einer Leistung zu zwingen, welche in ihrem wesentlichsten Teile von dem reinen Belieben des Berechtigten abhängt und mit diesem zusammen ein untrennbares Ganzes bildet, ist rechtlich unstatthaft". Diese Ausführungen verkennen Inhalt und Umfang der Mäklertätigkeit, letztere besteht lediglich in dem Vermitteln bezw. dem Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages. Diese Tätigkeit des Mäklers fällt ganz in das Stadium der dem Vertragsabschluß vorausgehenden Erwägungen und Besprechungen, das rechtlich völlig belanglos ist. Der Mäkler ist in keiner Weise rechtlicher Vertreter einer Partei. Die Tätigkeit des Mäklers ist beendet mit dem Augenblick, wo er die Übereinstimmung des Willens beider Parteien herbeigeführt und ihre Geneigtheit zum Vertragsabschluß konstatiert hat. Der Abschluß des Vertrages selbst fällt gar nicht mehr in den Rahmen der Mäklertätigkeit.

An und für sich ist daher ein rechtlicher Zwang auf Vornahme der vom Mäkler übernommenen Leistung wohl denkbar, soweit die Vermittlungen in Betracht kommen, ist die Klage indessen aus prozessualen Gründen unstatthaft.

---

[1]) vgl. Dernburg a. a. O. S. 484; Crome a. a. O. S. 418.

Die ganze Untersuchung über die Möglichkeit der Leistungsklage ist jedoch rein theoretischer Natur, da in der Praxis derartige Klagen kaum vorkommen werden,[1] ein Beweis dafür, daß die Form des gegenseitigen Vertrages dem wirtschaftlichen Zweck des Mäklervertrages nicht entspricht.

Der Mäkler ist, wie wir gesehen haben, nicht verpflichtet, auf Grund des mit dem Auftraggeber geschlossenen Vertrages eine Tätigkeit zu entfalten. Damit entfällt aber keineswegs jedwede Verpflichtung des Mäklers aus dem Mäklervertrag. Vielmehr ergeben sich als positiv zivilrechtliche Pflichten des Mäklers die Verbindlichkeit zur Treue, Sorgfalt und Verschwiegenheit.[2] Die Ursache für das Bestehen dieser Pflichten liegt in der besonderen Vertrauensstellung des Mäklers zum Auftraggeber. Die Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit der Vermittlertätigkeit setzt voraus, daß der Auftraggeber dem Mäkler besonderes Vertrauen entgegenbringt. Er muß auf die Redlichkeit und Gewissenhaftigkeit sowie auf die Geschicklichkeit des Mäklers bauen, da eine Aufsicht oder gar Instruktion ausgeschlossen ist. Andererseits ist der Auftraggeber, um seinen Zweck zu erreichen, genötigt, dem Mäkler seine Pläne und seine Entschlüsse sowie seine Lage offen mitzuteilen, damit die Tätigkeit des Mäklers erfolgreich ist. Deshalb nimmt der Mäkler gegenüber seinem Auftraggeber eine besondere Vertrauensstellung ein. Er hat alle Mitteilungen, die ihm sein Auftraggeber gemacht hat, geheimzuhalten, er darf nicht die seinen Geschäftsherrn etwa drängende Lage, seine „letzten Bedingungen" verraten.

[1] Neubauer a. a. O. S. 10.
[2] Riesenfeld Bd. 32 S. 277.

La discrétion est le secret galt deshalb von jeher als oberste Pflicht des Mäklers. Schon das alte Handelsgesetzbuch bestimmte in Art. 69, der von den Pflichten des Handelsmäklers handelte, in Ziff. 5 ausdrücklich: „Sie sind zur Verschwiegenheit über die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse verpflichtet usw.". Wenn Siber[1]) behauptet, daß sehr häufig eine Verschwiegenheitspflicht als entbehrlich gilt, so kann dies nur dahin verstanden werden, daß häufig der Auftraggeber dem Mäkler nichts anvertraut, so daß Mäkler auch nichts zu verschweigen hat; dies vermag jedoch nicht eine bestehende Verschwiegenheitspflicht in bezug auf gemachte Angaben als Regel für die meisten Fälle in Abrede zu stellen.

Die Verschwiegenheitspflicht besteht schlechthin Dritten gegenüber, sie geht aber nicht so weit, daß dem einen Kontrahenten der Name des anderen verschwiegen bleibt. Der Mäkler muß vielmehr die Parteien namentlich miteinander bekannt machen.[2])

Die Treupflicht des Mäklers soll sich vor allem in der Wahrheit und Offenheit gegenüber dem Auftraggeber äußern. Der Mäkler hat ihm Auskunft über seine Tätigkeit zu erteilen und ihn gewissenhaft von den für ihn maßgebenden Verhältnissen zu unterrichten.[3]) Er hat ihm auch alle ihm bekannten Umstände, welche geeignet sind, von dem Vertragsabschluß abzuhalten, mitzuteilen.) Desgleichen darf er seinen Auftraggeber nicht über den wahren Interessenten im Zweifel lassen und ihm etwa einen falschen Namen vorspiegeln.

---

[1]) Siber a. a. O. S. 19.

[2]) Riesenfeld Bd. 37 S. 277, 278.

[3]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 56 S. 127; OLGR. Bd. 12 S. 87; Staub a. a. O. S. 394 und die daselbst zitierten Entscheidungen.

Dagegen hat der Mäkler nicht für Zahlungsfähigkeit der von ihm vorgeschlagenen Person einzustehen,[1] wenn nicht die Übernahme dieser Erkundigungspflicht nach dem ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schließenden stillschweigendem Willen der Kontrahenten des Mäklervertrages zu entnehmen ist. Die Prüfung des Gegenkontrahenten auf Sicherheit und Zuverlässigkeit ist Sache der Partei selbst, die gerade durch den Vertragsabschluß zu erkennen gibt, daß ihr alles konveniere.[2]

Auch unwahre Versicherungen des Mäklers in Ansehung des Vertragsgegenstandes oder der Kreditwürdigkeit des anderen Kontrahenten sind als Verstoß gegen die Treupflicht des Mäklers anzusehen. Dabei sind jedoch wirkliche Zusicherungen (dicta et promissa) von landläufigen Anpreisungen wohl zu scheiden.[3]

Ist das Geschäft unter vorteilhafteren Bedingungen abzuschließen als wie der Auftraggeber gesetzt hat, so hat der Mäkler solche zu proponieren. Eine besondere Mühewaltung in dieser Beziehung ist natürlich nicht erforderlich, der Mäkler hat nur von den vorhandenen ihm bekannten besseren Bedingungen Mitteilung zu machen. Der Mäkler hat im Zweifelsfalle auch klar zum Ausdruck zu bringen, in welcher Eigenschaft er seine Tätigkeit ausübt, ob er für den Verkäufer oder Käufer tätig wird, da dies für die Bemessung des Kaufpreises sowohl für den Käufer wie für den Verkäufer von Erheblichkeit ist.[4] Eine Verletzung der Vertragstreue liegt endlich auch dann vor, wenn der Mäkler auch für den anderen Teil tätig geworden ist, und dieser Doppeldienst durch gegenseitige

[1] Seufferts Arch. Bd. 56 S. 265; OLGR. Bd. 2 S. 119.
[2] Crome a. a. O. S. 634; Riesenfeld Bd. 37 S. 279, 280.
[3] Staub a. a. O. S. 394.
[4] OLGR. Bd. 4 S. 47.

Abrede ausgeschlossen war, oder den Umständen nach für ausgeschlossen gelten mußte oder endlich wenn Kollisionen der Vertragspflichten hervortreten (§ 654 BGB.).

Der Mäkler hat endlich bei Erfüllung des Vertrages die nötige Sorgfalt zu beobachten. Der Auftraggeber setzt das Vertrauen in den Mäkler, daß dieser treu und sorgfältig sich um das Zustandekommen des Vertrages bemühen werde.

Wie steht es nun mit der Haftung des Mäklers bei Verletzung dieser Pflichten, die sich aus seiner Stellung zum Auftraggeber ergeben?

Folgen wir der Theorie von Reuling, wonach durch den Mäklervertrag selbst, d. h. das Versprechen des Lohnes für den Fall des Zustandekommens des Vertrages und der Annahme dieses Versprechens seitens des Mäklers überhaupt noch keine Verpflichtung für beide Kontrahenten begründet wird und erst durch Erfüllung der doppelten Bedingung eine einseitige Verpflichtung des Auftraggebers die Provision zu zahlen, entsteht, so ist eine vertragliche Haftung des Mäklers ausgeschlossen. Denn die ganze Vermittlungstätigkeit des Mäklers liegt dann außerhalb des Vertragsverhältnisses, eine Haftpflicht kann ihn nur treffen auf Grund der Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. BGB.). In Betracht kommt dabei vor allem die Vorschrift des § 826 BGB., die aber lediglich die Schadensersatzpflicht für vorsätzliche Vermögensschädigung trifft, während der Auftraggeber bei fahrlässigem Handeln des Mäklers dann schutzlos sein würde. Die allgemeine Bestimmung des § 823 BGB. wird kaum zur Anwendung kommen können, da es sich in der Regel darum handeln wird, daß der Mäkler das Vermögen des Auftraggebers geschädigt hat, letzteres aber nicht zu den Rechten im Sinne des § 823 Abs. 1 gehört, wenn es sich

nicht um eine Verletzung eines durch § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgutes oder Rechtes handelt. Diese Auffassung widerspricht dem Wesen des Mäklervertrages, da die Haftung des Mäklers für Treue und Sorgfalt in diesem Falle auf das unzureichende Gebiet der unerlaubten Handlungen beschränkt wird, während andererseits das Gesetz selbst im § 654 BGB. unmittelbar kontraktliche Pflichten anerkennt.

Ebenso kann man Endemann nicht beistimmen, der die Verpflichtung des Mäklers zur Anwendung der vollen im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aus dem allgemeinen Grundsatz von Treue und Glauben (§ 242 BGB.) herleitet.[1]) Denn wenn der Schuldner die Leistung so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, so ist damit nur ein Maßstab für die Erfüllung ohnehin bestehender Verpflichtungen gegeben, aber nicht gesagt, daß Treu und Glauben oder Verkehrssitte die Kraft haben, eine ohne sie nicht bestehende Verpflichtung zu erzeugen.[2])

Die Haftung des Mäklers bei Verletzung der erwähnten Pflichten ist vielmehr eine vertragsmäßige, sie ist die Folge der Nichterfüllung bezw. Verletzung des Vertrages, auf Grund dessen der Mäkler zu seinem Auftraggeber in ein besonderes Vertrauensverhältnis getreten ist. Allerdings treten diese Pflichten des Mäklers bezw. seine Haftung für deren Verletzung erst dann in die Erscheinung, wenn der Mäkler eine Tätigkeit entfaltet hat, insbesondere wenn der zu vermittelnde Vertrag zustande gekommen ist. Solange der Mäkler nicht tätig geworden ist, und dazu ist er nicht verpflichtet, vielmehr

[1]) Endemann a. a. O. S. 769.

[2]) Planck a. a. O. S. 11; Oertmann a. a. O. S. 12, 13.

sich rein passiv verhält, kann diese Treupflicht ihre Wirkung nicht äußern. Sie ist gewissermaßen ein Bestandteil der Leistung, nur ein accessorium, das sich mit einer Leistung verbinden muß. Erst wenn der Mäkler eine positive Tätigkeit entfaltet, werden diese Pflichten ins Leben gerufen, denn es ist klar und selbstverständlich, daß der Auftraggeber einen Lohn nur für eine sorgfältige und redliche Leistung verspricht, nicht für die Leistung schlechthin. Hat der Mäkler diese Pflichten nicht erfüllt, so knüpfen sich für ihn daran nachteilige Folgen, denn der Auftraggeber ist, auch wenn der Vertrag zustande gekommen ist, gleichwohl dann nicht zur Zahlung des Mäklerlohns verpflichtet, wenn der Mäkler bei Ausübung seiner Tätigkeit den sich aus den Vertragsverhältnissen ergebenden Verpflichtungen nicht gewissenhaft nachgekommen ist. Darum muß man sagen, daß dem Rechte des Mäklers auch Pflichten desselben im Rechtssinne gegenüberstehen. Es ist nicht notwendig, daß zur Annahme einer vertraglichen Haftung des Kontrahenten aus einer Leistung notwendig die Verpflichtung zur Leistung hinzutritt. Die Verpflichtung zur Leistung mag wohl den vornehmsten Inhalt einer Obligation bilden, aber darin erschöpft sich noch nicht die Wirkung eines Schuldverhältnisses. Die Verpflichtung zur Leistung gegenüber der anderen Partei macht den Vertrag zum gegenseitigen, aber andererseits stempelt die alleinige Leistungspflicht der einen Partei den Vertrag noch nicht immer zum streng einseitig verpflichtenden Vertrag, denn es bleibt häufig noch Raum, auch die andere Partei in gewisser Weise zu verpflichten, wenn gewisse Voraussetzungen eintreten. Es bleibt darum der Vertrag noch immer ein zweiseitig verpflichtender Vertrag. So der Mäklervertrag.

übt der Mäkler die Tätigkeit aus, so muß er die Interessen seines Auftraggebers wahren und darf ihnen nicht entgegenwirken, da er dann in Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. Er haftet dann für Nichtausübung seiner Pflichten in derselben Weise, wie auch sonst jeder seine und seiner Gehilfen Handlungen zu vertreten hat[1]) (§§ 276, 278, 280, 286 BGB.).

Allerdings fehlt es im Bürgerlichen Gesetzbuch an ausdrücklichen Bestimmungen über die erwähnten Pflichten und über die Haftung für deren Verletzung, wie es im alten Handelsgesetzbuch der Fall war, aber damit ist noch nicht deren Existenz in Frage gestellt, sie ergeben sich aus dem Vertragsverhältnis heraus, es bedurfte gar keiner besonderen Hervorhebung derselben. In einem einzigen Fall hat das Bürgerliche Gesetzbuch des vertragswidrigen Handelns des Mäklers gedacht, indem es im § 654 den Anspruch des Mäklers auf Lohn für den Fall ausgeschlossen hat, daß der Mäkler dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist, wenn es sich also um eine unausgleichliche Interessenkollision gehandelt hat. Die Pflichten des Mäklers sind überdies im einzelnen Falle so mannigfacher und individueller Natur, so daß eine nähere Regelung derselben wenig am Platze gewesen wäre. Das alte Handelsgesetzbuch bestimmte in Art. 81: „Jedes Verschulden des Handelsmäklers berechtigt die dadurch geschädigte Partei, Schadloshaltung von ihm zu fordern. Diese Bestimmung, die in das neue Handelsgesetzbuch aufgenommen worden ist (§ 98 HGB.), war nicht etwa ein Ausfluß der amtlichen Stellung des Handelsmäklers, sondern, wie Riesenfeld[2])

[1]) vgl. Staub a. a. O. S. 394; Planck a. a. O. S. 630 Dertmann a. a. O. S. 671; Dörr a. a. O. S. 627.

[2]) Riesenfeld Bd. 37 S. 278.

bemerkt, ein Attribut der Vermittlertätigkeit und fand auch damals schon auf die Privathandelsmäkler Anwendung. Sie ist auch für das heutige bürgerliche Recht die geeignetste Form lediglich mit der Abänderung, daß der Zivilmäkler nur seinem Auftraggeber gegenüber haftet.[1])

Auch die Praxis endlich hat in ständiger Rechtsprechung die kontraktliche Haftung des Mäklers für Verletzung der Treupflicht anerkannt.

So heißt es in der in Seufferts Archiv (Bd. 56) wiedergegebenen Entscheidung des Reichsgerichts v. 19. 4. 1900: „Dem Mäkler liegt die Pflicht zur Sorgfalt und Treue ob, zu gewissenhafter Durchführung des übernommenen Auftrages. Diese ‚Vertragspflicht' erfordert usw."

In einer andern Entscheidung des Reichsgerichts v. 12./26. 2. 1900 (Seufferts Arch. Bd. 56 Nr. 24) wird dargelegt, der Mäkler verstoße gegen die Vertragstreue, wenn er dem Abschluß des zu vermittelnden Vertrages entgegenwirke. Das Unterlassen eines derartigen Verhaltens bezeichnet das Reichsgericht als „vertragsmäßige Leistung".

In demselben Sinne finden sich Entscheidungen in Seufferts Archiv (Bd. 56 Nr. 148, Bd. 57 Nr. 211), ferner in Rechtspr. d. OLG. (Bd. 6 S. 87, Bd. 12 S. 85, 87, 88).

§ 4.

Ich habe bereits im ersten Abschnitt der Arbeit auf die begrifflichen Unterschiede des Handelsmäklers vom Zivilmäkler hingewiesen und gesagt, daß auch der Handelsmäklervertrag sich auf der gleichen rechtlichen Konstruktion wie der Zivilmäklervertrag aufbaut. Es erübrigt noch,

[1]) Woltersdorf a. a. O. S. 46.

auf die besonderen Pflichten des Handelsmäklers einzugehen.

Nach bürgerlichem Recht tritt der Zivilmäkler nur zu der ihn beauftragenden Partei in ein Kontraktsverhältnis; nur dieser haftet er vertragsmäßig, während er der anderen Partei lediglich aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung haftet. Er kann auch mit dieser in ein Kontraktsverhältnis treten, er muß es aber nicht und darf es mitunter nicht (§ 654 BGB.). Anders im Handelsrecht. Nach § 98 HGB. haftet der Handelsmäkler jeder der beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden, nach § 99 l. c. ist im Zweifel von jeder Partei der Mäklerlohn zur Hälfte zu entrichten. Diese Bestimmungen sind aus dem alten Handelsgesetzbuch (Art. 81, 83) übernommen worden, wonach der Handelsmäkler (Sensale) als amtlich bestellter Vermittler, der vor Antritt seines Amtes den Eid auf getreuliche Pflichterfüllung geleistet hatte (Art. 66a HGB.), die Stellung einer öffentlichen Vertrauensperson einnahm. Die Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs äußert sich dazu in folgender Weise[1]): „Im Handelsverkehr gilt der Mäkler in der Regel als Vermittler für beide Parteien, er leistet beiden seine Dienste, und es ist mehr vom Zufall abhängig, welche der Parteien sich zuerst an ihn gewendet hat. Das neue Handelsgesetzbuch hat also die objektive Vermittlerstellung des Handelsmäklers als Normalfall anerkannt. Der Handelsmäkler tritt zu beiden Parteien in vertragliche Beziehungen und hat beiden Parteien gegenüber Rechte und Pflichten. Dabei beginnt sein Vertragsverhältnis zu der einen Partei mit der Erteilung und Annahme des Vermittlerauftrags,

[1]) S. 83.

zur Gegenpartei tritt er in dem Augenblick in ein Kontraktverhältnis, in dem dieses seine Vermittlerdienste annimmt.[1]) Diese gesetzliche Gestaltung des Falles ist jedoch nicht die gesetzlich notwendige, vielmehr kann der Handelsmäklervertrag auch so geschlossen werden, daß der Handelsmäkler einseitig die Interessen seines Auftraggebers wahrnehmen soll. Dann beschränkt sich seine Haftung gegenüber der Gegenpartei auf die Verantwortung für unerlaubte Handlungen. Die Vorschriften der §§ 98, 99 HGB. finden dann keine Anwendung.[2])

Nach § 94 HGB. ist der Handelsmäkler ferner im Zweifel verpflichtet, unverzüglich nach dem Abschluß des Geschäfts jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote zuzustellen. Hat sich ferner der Handelsmäkler in der Schlußnote die Bezeichnung der Partei vorbehalten, und ist die Bezeichnung der Person unterblieben oder haben sich gegen die bezeichnete Person oder Firma begründete Einwendungen ergeben, so ist die Partei befugt, den Handelsmäkler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen (§ 95 HGB.).

Aus den erwähnten Pflichten des Handelsmäklers hat man eine Verpflichtung desselben zum Tätigwerden abgeleitet.[3]) Goldmann erblickt in der Leistungspflicht des Handelsmäklers ein begriffliches Unterscheidungsmerkmal des Handelsmäklervertrages vom Zivilmäklervertrag und rechnet ihn daher „regelmäßig unter die große Klasse der Dienstverträge“ (§§ 611 ff. BGB.).

---

[1]) Düringer-Hachenburg S. 547 Anm. 2.

[2]) vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 547 Anm. 1; Staub a. a. O. S. 504 Anm. 1, S. 399 Anm. 6; Jacusiel a. a. O. S. 4.

[3]) vgl. Cohen a. a. O. S. 250; Goldmann a. a. O. S. 436, 437.

Zur Begründung dieser Ansicht wird in erster Linie bereits die Fassung des § 93 HGB. („wer . . . übernimmt") im Gegensatz zum Wortlaut des § 652 BGB. herangezogen. Des weiteren stützt man sich auf die Ausführungen der Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch, wo es heißt: „Ebensowenig läßt sich leugnen, daß der Vertrag mitunter einen anderen Charakter, nämlich den eines zweiseitigen Vertrages, durch den der Mäkler bestimmte Verpflichtungen übernimmt, an sich trägt. Diese Tatsache erhellt schon aus dem dem Handelsverkehr angehörenden Mäklervertrag und den auf diesen sich beziehenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs (vgl. Art. 81 das.)".[1])

Diese Auffassung ist jedoch rechtsirrtümlich.

Was die Fassung des § 93 HGB. anlangt, so hat hier der Begriff der „Übernahme der Vermittlung" eine allgemeinere Bedeutung. Wer sich allgemein mit der Vermittlung von Verträgen beschäftigt, dies Gewerbe betreibt, der erwirbt, wie das Gesetz sagt, als Folge dieser Beschäftigung die Rechte und hat gewisse Pflichten. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Handelsmäkler sich im einzelnen Fall obligiert, einen erteilten Auftrag auszuführen.

Auch lassen sich die zitierten Äußerungen der Motive nicht in dem Sinn verwerten. Auf den Wert ihrer Ausführungen habe ich bereits hingewiesen, überdies kommt noch folgendes in Betracht. Übernimmt der Mäkler bestimmte Verpflichtungen, also eine Leistungspflicht in specie, so liegt gar kein Mäklervertrag, vielmehr ein Dienstvertrag vor. Der besonderen Hervorhebung der Haftung des Mäklers gegenüber beiden Parteien bedurfte

[1]) Mot. S. 511.

es deshalb, um damit eine Eigentümlichkeit des Handelsmäklervertrages in seiner gesetzlichen Gestaltung zu berücksichtigen. Auch der Zivilmäkler haftet kontraktlich für Verletzung der ihm bei Erfüllung des Vertrages obliegenden Pflichten, aber eben nur dem Auftraggeber gegenüber, mit dem er in ein Vertragsverhältnis getreten ist. Auch der Mäklervertrag nach bürgerlichem Recht ist ein zweiseitig verpflichtender Vertrag. Von der Leistungspflicht sind jedoch diese Pflichten unabhängig, da sie nur eine Folge der Leistung sind.

Ebensowenig vermögen die Bestimmungen über den Schlußnotenzwang und über die Selbsteintrittspflicht des Handelsmäklers die Annahme einer Leistungspflicht zu begründen. Auf die Ausstellung von Schlußnoten können die Parteien vor allem verzichten, oder der Ortsgebrauch kann den Handelsmäkler davon entbinden (§ 94 Abs. 1 HGB.), es liegt kein absoluter Zwang vor. Auch die sogen. Krämermäkler, die die Vermittlung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgen, sind davon befreit (§ 104 HGB.).

Die Zustellung der Schlußnoten an die Parteien erfolgt ferner *nach Abschluß* des Geschäfts (§ 94 HGB.), d. h. wenn das Geschäft zustande gekommen ist, für beide Kontrahenten also bindend geworden ist. Diese Pflicht hat also mit der Vermittlertätigkeit des Mäklers, die bereits vor Abschluß des Vertrages beendet ist, nichts mehr zu tun. Sie ist eine besondere Verbindlichkeit des Handelsmäklers und als eine Folge seiner Eigenschaft als Handelsmäkler normiert.

Noch ein Wort zur Selbsteintrittspflicht des Handelsmäklers (§ 95 HGB.), da Crome[1]) auch hieraus ein vertragliches Gebundensein des Mäklers ableitet.

[1]) Crome a. a. O. S. 419 Anm. 17.

Dieses Rechtsverhältnis, das auf Grund einer besonderen Art von Schlußnoten entsteht, hat sich hauptsächlich im Börsenverkehr entwickelt.[1]) Handelt es sich um Schlußnoten mit Vorbehalt, so hat die Partei das Recht, unter bestimmten in § 95 HGB. enthaltenen Voraussetzungen vom Handelsmäkler selbst Erfüllung des Geschäfts zu verlangen. Der Handelsmäkler haftet in diesem Fall gleich dem Kommissionär (§ 384 Abs. 3 HGB.).

Diese Schlußnoten mit Vorbehalt braucht der Handelsmäkler nicht auszustellen, ebenso wie sie nicht angenommen zu werden brauchen. Mit dem Angebot einer solchen Schlußnote (Vertragsantrag seitens des Mäklers) und deren Annahme tritt jedoch eine starke Verschiebung der rechtlichen Stellung beider Parteien ein. Es entsteht innerhalb des Mäklervertrages ein neues Vertragsverhältnis zwischen den Parteien. Der Auftraggeber bindet sich, einen einwandfreien Gegenkontrahenten, der ihm vom Mäkler bezeichnet wird, anzunehmen, der Mäkler übernimmt die Garantie für das Geschäft und haftet für die Erfüllung des Vertrages. Eine Folge davon ist wiederum die Selbsteintrittspflicht des Mäklers.[2]) Mit der Vermittlertätigkeit haben diese Funktionen des Mäklers nichts mehr gemein.[3])

Das Institut der Schlußnoten mit Vorbehalt ist, abgesehen davon, daß der Gegenkontrahent häufig ungenannt sein will, im Interesse des Mäklers selbst geschaffen worden, da er während der Börse keine Zeit hat,

---

[1]) Jacusiel a. a. O. S. 23; Staub a. a. O. S. 402 Einleitung.

[2]) vgl. Staub a. a. O. S. 402, 403; Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 542.

[3]) RG. Bd. 24 S. 64.

die passenden Parteien einander gegenüberzustellen.[1]) Daraus ergab sich aber konsequenterweise die Pflicht des Mäklers, eventuell in den Vertrag selbst einzutreten. Die Selbsteintrittspflicht des Mäklers ist also auch, wenn man sie nicht als Folge eines besonderen Vertragsverhältnisses betrachtet, ein Bestandteil der vom Mäkler bei Vertragserfüllung zu beobachtenden Treue und Sorgfalt.

Die Pflichten des Handelsmäklers zur Führung eines Tagebuches und Erteilung von Auszügen sind keine kontraktlichen Pflichten mehr, sie beruhen auf öffentlichem Recht.

Danach ist auch der Handelsmäkler rechtlich nicht verpflichtet, tätig zu werden.[2]) Der Handelsmäklervertrag ist kein besonderes Institut, sondern nur eine Unterart des Mäklervertrages nach bürgerlichem Recht und auf derselben rechtlichen Grundlage aufgebaut.

---

[1]) vgl. Ring a. a. O. S. 149.
[2]) vgl. Ring a. a. O. S. 147.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.